



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO

**AÇÕES AFIRMATIVAS  
PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:  
A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA COMO CONSAGRAÇÃO  
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Clarissa Werner Johann

Lajeado, junho de 2017

Clarissa Werner Johann

**AÇÕES AFIRMATIVAS  
PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:  
A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA COMO CONSAGRAÇÃO  
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Letícia Regina Konrad

Lajeado, junho de 2017

Clarissa Werner Johann

**AÇÕES AFIRMATIVAS PERANTE  
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:  
A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA COMO CONSAGRAÇÃO  
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharela em Direito:

Profa. Ma. Letícia Regina Konrad – orientadora  
Centro Universitário UNIVATES

Prof. Me. Márcio de Abreu Moreno  
Centro Universitário UNIVATES

Prof. Me. Júnior Roberto Willig  
Centro Universitário UNIVATES

Lajeado, 26 de junho de 2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a meus pais, Celso e Cristina, por todo o amor e carinho que sempre me deram, além de todo o suporte familiar que me tornaram a pessoa que sou hoje. Agradeço os ensinamentos, a educação e a preocupação em transmitir os valores e princípios que realmente importam nessa vida. À minha irmã, Claudia, por prestar seu auxílio e pelas palavras de apoio. Sem vocês, nada seria possível.

A minhas amigas que me acompanharam desde o início do desenvolvimento deste trabalho, o meu muito obrigada pelas palavras de incentivo e força que sempre se fizeram presentes em nossas conversas.

À minha orientadora, Letícia Regina Konrad, por quem destaco minha profunda admiração pela profissional competente e dedicada que demonstra ser. A ela, dedico meu eterno agradecimento pelas indicações, conselhos e ideias, muito especialmente pela qualidade com que conduziu as orientações.

Agradeço, ainda, à Univates e a todos os professores do Curso de Direito pelos ensinamentos prestados. Obrigada!

*“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.*

(Boaventura de Souza Santos)

## RESUMO

A discriminação social é elemento indissociável das relações humanas atuais e pretéritas, consubstanciando-se numa prática que, se não combatida, tende a se perpetuar. O Estado, nesse contexto, assume uma posição ativa, criando mecanismos em prol das minorias marginalizadas, na tentativa de corrigir as diversas formas de desigualdade que assolam a sociedade. Assim, na presente monografia será analisada a possibilidade da adoção de ações afirmativas perante a Constituição Federal de 1988, observados os princípios e fundamentos que norteiam o texto constitucional vigente, especialmente na condição de instrumento consagrador da igualdade material. Trata-se de pesquisa qualitativa, desenvolvida por meio do método dedutivo e de procedimento técnico baseado em bibliografia e documentos. Para alcançar o objetivo principal deste trabalho, o enfrentamento do tema terá início com uma abordagem acerca do Estado Democrático de Direito e seus aspectos fundamentais. Em seguida, far-se-á uma análise acerca da origem, natureza, evolução histórica das ações afirmativas, especialmente no contexto brasileiro. Por fim, examinar-se-á a recepção do instituto das ações afirmativas pela Constituição da República vigente, abordando-se os seus aspectos estruturantes, com ênfase especial ao princípio e direito fundamental da igualdade, mediante a análise de seus dispositivos legais e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante do tema. Nesse sentido, conclui-se que a adoção de políticas públicas afirmativas encontra guarida na Constituição Federal, notadamente na condição de ferramenta consagradora do princípio da igualdade.

**Palavras-chaves:** Ações afirmativas. Discriminação Positiva. Estado Democrático de Direito. Princípio da igualdade.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
Lei Maior	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
§	Parágrafo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>11</b>
2.1 Do surgimento do Estado Democrático de Direito.....	11
2.2 Conceito e aspectos fundamentais do Estado Democrático de Direito .....	18
2.2.1 Da dignidade da pessoa humana.....	21
2.2.2 Dos direitos humanos e dos direitos fundamentais .....	24
2.2.3 O princípio da igualdade.....	27
<b>3 AÇÕES AFIRMATIVAS .....</b>	<b>31</b>
3.1 Conceito e aspectos fundamentais .....	31
3.1.1 Das políticas públicas.....	36
3.2 Natureza das ações afirmativas .....	38
3.3 Origem e evolução histórica .....	40
3.4 Surgimento e histórico das ações afirmativas no Brasil .....	43
<b>4 A POSSIBILIDADE DA IMPLANTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....</b>	<b>48</b>
4.1 Os fundamentos e objetivos da Carta da República de 1988.....	49
4.2 Dos direitos fundamentais constitucionais .....	52
4.2.1 Dos direitos fundamentais individuais e o princípio da igualdade.....	53
4.2.2 Dos direitos fundamentais sociais .....	56
4.3 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante das ações afirmativas .....	60
4.4 Da possibilidade das ações afirmativas sob o viés constitucional .....	63
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A discriminação e a desigualdade social, componentes naturais das relações humanas, apresentam-se em diversas formas no âmbito da sociedade e, se não combatidas, tendem a se perpetuar ao longo dos anos.

Reconhecendo que uma posição neutra diante desta realidade apenas contribui para a manutenção e o crescimento das tantas injustiças que se fazem presentes no meio social, o Estado assume uma nova postura e passa a ocupar o papel de agente promotor das minorias marginalizadas, ocupando-se de fomentar mecanismos orientados à transformação social.

Nesse cenário, sob a ótica das responsabilidades conferidas a um legítimo Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988, ao recepcionar e instituir este modelo de Estado, elencou os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, voltados à construção de uma sociedade justa e igualitária e à redução das desigualdades sociais existentes. A igualdade, portanto, nesse novo prisma, é elevada a um patamar nunca antes visto no Brasil, constituindo-se elemento indispensável nas relações sociais.

Assim, considerando os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, em que a igualdade formal é insuficiente para fins de consagração de uma sociedade mais justa e igualitária, necessária se fez a inclusão em nosso sistema das chamadas ações afirmativas, por meio das quais são elaboradas políticas públicas e privadas, que visam à concretização da igualdade material mediante uma transformação social.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, analisar se as ações afirmativas se coadunam com a Constituição Federal de 1988, sobretudo com o princípio da igualdade. Como problema, o estudo busca discutir qual a possibilidade da implantação de ações afirmativas no contexto nacional, observados os princípios e aspectos estruturantes da Constituição da República de 1988, especialmente a igualdade material. Como hipótese para esse questionamento, entende-se que a Lei Maior vigente recepciona e viabiliza a promoção de medidas positivamente discriminatórias, voltadas especificamente para consagrar a igualdade material mediante a transformação social, o que é indispensável para a efetiva e necessária proteção da dignidade da pessoa humana.

A pertinência da presente pesquisa se justifica em razão das polêmicas que giram em torno no tema, na medida em que muitas pessoas, por variadas razões, são contra a promoção de políticas públicas em prol de camadas sociais específicas, alegando, inclusive, a ilegitimidade das medidas afirmativas.

Esta monografia, no tocante à sua abordagem, será qualitativa, tendo como característica o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade, conforme os ensinamentos de Mezzaroba e Monteiro (2009). O método utilizado é o dedutivo, mediante a utilização de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência.

Dessa forma, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo, far-se-á uma abordagem acerca do Estado Democrático de Direito, por ser este o modelo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, será realizada uma análise sobre o surgimento do Estado Democrático de Direito, adentrando-se, em seguida nos seus aspectos fundamentais, para, enfim, proceder a uma análise sobre seus elementos estruturantes, tais como a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e o princípio da igualdade, nas suas vertentes formal e material, os quais amparam o tema das ações afirmativas.

Posteriormente, no segundo capítulo de desenvolvimento, será, primeiramente, examinado o conceito de ações afirmativas e suas principais características e objetivos, abordando-se, ainda, a sua principal espécie, consubstanciada em políticas públicas afirmativas. Após, nos subcapítulos seguintes, será feita uma análise acerca

da natureza, origem e evolução histórica das ações afirmativas, com especial atenção ao seu surgimento e evolução no contexto brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo de desenvolvimento, far-se-á um estudo teórico dos fundamentos e objetivos da Constituição Federal, que encontram sua maior expressão na dignidade da pessoa humana e na realização da igualdade material. Além disso, serão abordados, brevemente, os direitos fundamentais individuais, com ênfase ao princípio e direito à igualdade. Após, analisar-se-á os direitos fundamentais sociais, os quais exigem prestações positivas por parte do Estado para sua consagração, o que se dá, entre outros instrumentos, mediante a implantação de ações afirmativas. Finalmente, será feito um estudo sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, diante da temática das ações afirmativas e, enfim, será feita a análise sobre a possibilidade das ações afirmativas diante da Lei Maior, especialmente em relação a sua importância no que diz respeito à consagração da igualdade social.

## **2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Antes de iniciar especificamente o estudo, faz-se necessária uma análise geral sobre o Estado Democrático de Direito, modelo de Estado de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, cujos fundamentos, princípios e objetivos se encontram intimamente ligados ao tema das ações afirmativas.

O Estado Democrático de Direito, da forma como hoje é conhecido e composto, nada mais é do que um processo histórico e evolutivo do Estado Moderno, decorrente das mais variadas lutas sociais, sendo o resultado da ineficácia de outros modelos de Estado anteriormente implementados.

Assim, para melhor entendimento das ações afirmativas no âmbito brasileiro, considerando notadamente o que prevê a Constituição Federal de 1988, neste capítulo serão abordadas noções sobre o Estado Moderno e suas facetas, para, então, adentrar no Estado Democrático de Direito e seus princípios e objetivos norteadores, consubstanciados, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais e no princípio da igualdade material.

### **2.1 Do surgimento do Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito foi formado a partir da evolução dos demais modelos de Estado que compõem a linha histórica do Estado Moderno, gênero do qual aquele é espécie. Por essa razão, para uma melhor compreensão do Estado Democrático de Direito, é imprescindível que se faça uma abordagem inicial acerca

dos modelos de Estado que o antecederam, cujas características foram fundamentais para sua formação.

Segundo Moraes (2011), a ineficácia do Estado Medieval deu ensejo à criação do Estado Moderno, cuja primeira faceta se consubstanciou no Estado Absolutista. Neste novo modelo de Estado, a concentração do poder cabia tão somente ao rei, dotado de autoridade e soberania ilimitadas e incontestáveis, advindas de uma força divina. Segundo o mesmo autor, a “Monarquia Absolutista” trazia consigo uma nova concepção de Estado, pautada no poder absoluto do rei, na crítica à autoridade papal e na ascensão da classe burguesa, paralelamente ao crescimento do capitalismo. Nesse contexto:

Cai a suserania e surge a soberania; é criada uma estrutura burocrática administrativa; leis gerais; é criado um sistema tributário, idioma nacional, moeda unificada, força militar para proteger e manter a soberania nacional e a ordem. Esta era a situação da Europa durante o surgimento do Estado Moderno, tendo sido o Estado Absolutista sua primeira faceta (MORAIS, 2011, texto digital).

Seguindo os ensinamentos de Angelo (2009, texto digital), no período absolutista, “[...] foi se consolidando uma versão que advogava pela superioridade (inclusive temporal) do governante, associando-o ao poder divino e, assim, eliminando quaisquer outros contra-poderes que limitassem seus desejos”.

No âmbito da filosofia, alguns autores que contribuíram significativamente para a criação e fortalecimento do Estado Absolutista. Conforme ensina Angelo (2009), o primeiro deles foi Thomas Hobbes, através da obra intitulada “Leviatã”. Para o filósofo, em seu estado de natureza (estado natural), os homens “devorariam” uns aos outros, fazendo-se necessária, assim, a elaboração de um contrato social, conferindo a um soberano o poder ilimitado sobre os demais. O papel do soberano seria, então, exercido pelo rei absolutista, único responsável pela garantia da paz interna e defesa da nação (ANGELO, 2009).

Com efeito, de acordo com Hobbes (2006, p. 338) “dos poderes humanos, o maior é aquele composto pelos poderes de vários homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade. É o caso do poder de um Estado”.

Além de Hobbes, outro teórico absolutista foi Maquiavel, que no livro “O

Príncipe”, escrito no século XVI, discorre acerca de como o soberano deveria agir, em uma espécie de “manual de conduta”. É nesta obra que aparece a expressão “os fins justificam os meios”, no sentido de que não importa o que é feito pelo rei no âmbito de seu governo, desde que seja mantida a ordem e a sua autoridade (ANGELO, 2009).

Assim, na linha de raciocínio de Maquiavel, não deve o governante se preocupar em ser bom, mas sim em parecer bom. Tal conclusão se extrai do seguinte trecho:

[...] é necessário que um príncipe saiba muito bem disfarçar sua índole e ser um grande hipócrita e dissimulador (...), pois os seres humanos, de uma maneira geral, julgam mais pelo que vêem e ouvem do que pelo que sentem. Todos vêem o que parece ser, mas poucos realmente sentem o que és (MAQUIAVEL, 2008, p. 176).

Da leitura dos parágrafos acima, pode-se verificar que o absolutismo se pautava, sobretudo, na crença de que o monarca seria um representante de Deus, o que lhe conferia a possibilidade de agir ilimitadamente.

No entanto, seguindo a lição de Cunha (2013), a partir de certo ponto, a intervenção ilimitada do Estado nas questões econômicas e sociais passou a ser um obstáculo ao pleno desenvolvimento do capitalismo e da burguesia, que vinham crescendo desde o fim do Estado Medieval. Por esse motivo, a burguesia passa a questionar os ideais absolutistas e, concomitantemente, a defender a liberdade comercial.

Consoante Pacievitch (2015), tais questionamentos surgiram a partir da expansão do Iluminismo, movimento de cunho filosófico, político, social, econômico e cultural, pautado nos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, que defendia, sobretudo, o uso da razão como caminho para se alcançar a liberdade, em contraponto à religião, alicerce do absolutismo.

Nesse trilhar são os ensinamentos de Dallari (2014), que entende ser o indivíduo, dotado de direitos intrínsecos e naturalmente concebidos, o centro de tudo, devendo, pois, receber a proteção do Estado, cujo poder deve ser limitado, ao contrário do que pregavam os anseios do absolutismo.

Sob influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pela obra dos contratualistas, afirma-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis que deveriam receber a proteção do Estado. A par disso,

desenvolve-se a luta contra o absolutismo dos monarcas, ganhando grande força os movimentos que preconizavam a limitação dos poderes dos governantes. Por último, ocorre ainda a influência considerável do Iluminismo, que levaria ao extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do poder (DALLARI, 2014, p. 234).

Israel (2009), da mesma forma, destaca que, para os iluministas, o pensamento racional deveria substituir as crenças religiosas, que estariam impedindo a evolução humana. O homem deveria, portanto, ser o centro de tudo, buscando na razão as respostas às questões que, até então, eram justificadas pela fé. Partindo-se dessas controvérsias é que o absolutismo começou a entrar em declínio.

Assim, segundo Moraes (2011), considerando a insatisfação burguesa, que até então detinha apenas o poder econômico, sem qualquer participação na política, bem como a disseminação do Iluminismo e da racionalidade do ser humano, reconheceu-se a necessidade de um modelo liberal de Estado, retirando dele o seu poder interventor. Têm início, a partir daí, a Revolução Francesa (1789) e a Revolução Americana (1776), responsáveis pela erradicação do Estado Absolutista (MORAIS, 2011).

Nesse mesmo sentido, Azevedo (2013) assevera que na fase final do Estado Absolutista, a França se encontrava em um momento de total rejeição ao Antigo Regime, não mais suportando a indiscriminada intervenção estatal sobre as questões particulares. Nesse contexto, inspirada fortemente no Iluminismo e fundamentada pelos ideais da igualdade, da liberdade e da fraternidade, a Revolução Francesa busca o rompimento histórico do antigo regime.

Concentrada especialmente na classe burguesa, a Revolução Francesa põe fim definitivamente ao modelo de Estado Absolutista, opressor e ilimitado, reconhecendo-se, a partir de então, o liberalismo como resposta aos anseios revolucionários (SOARES, 2013).

Segundo Moraes (2011), o movimento liberal buscava o distanciamento estatal nas relações sociais e econômicas (atuação negativa do Estado), conferindo liberdade ao desenvolvimento da população. Surge, então, um novo modelo de Estado, o qual assume, primordialmente, a imprescindibilidade da separação absoluta entre os setores público e privado, pautada na abstenção do Estado nas questões particulares

(MORAIS, 2011).

Consoante ensina Bonavides (2010), é com fundamento na liberdade propagada pelo liberalismo que são criados os direitos fundamentais de primeira dimensão<sup>1</sup>, quais sejam, os direitos civis e políticos, de caráter eminentemente individualista:

O Estado Liberal cria os chamados "direitos de primeira geração", que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos (LA BRADBURY, 2006, texto digital).

No cenário da Revolução Francesa, que teve por base, também, os pensamentos de filósofos como Locke, Rousseau e Montesquieu, surge a afirmativa de que o Estado existe a partir de um contrato social, sob o argumento de que o fundamento do poder político surge através de um acordo de vontades entre os indivíduos, consubstanciado num contrato social (MORAIS; STRECK, 2013).

Segundo os mesmos autores, a teoria contratualista, ligada intimamente ao jusnaturalismo (corrente do direito natural), via a sociedade e o Estado como uma criação artificial da razão humana concebida a partir de um contrato social, no qual as partes poderiam pactuar livremente as regras contratuais a serem seguidas, conforme a sua vontade em comum. Os indivíduos pactuantes se encontrariam, num primeiro momento, em seu Estado de Natureza (Estado pré-político), mas através do pacto social passam a compor o Estado Civil/Social. É com base neste contrato social que surge, efetivamente, o Estado (MORAIS; STRECK, 2013).

Dessa forma, Soares (2013) refere que o Estado, fruto da vontade dos seus componentes (contrato social), é afastado das questões particulares e econômicas. Surge, assim, a expressão liberal "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*", que, em português, significa "deixar fazer, deixar ir, deixai passar" (SOARES, 2013).

Como resultado desta nova estrutura liberal, a burguesia deixa o papel de classe dominada e passa a ocupar o papel de classe dominante e discriminadora (LA

---

<sup>1</sup> Em que pese alguns autores defendam a utilização do termo "geração" de direitos, optou-se, neste trabalho, pela utilização do termo "dimensão", com base nos ensinamentos de Sarlet (2007b).



BRADBURY, 2006), o que, segundo Soares (2013), acabou culminando na criação de um sistema fortemente opressor.

Conforme defende La Bradbury (2006), a igualdade defendida pela burguesia (e efetivamente aplicada), tratava-se tão somente da igualdade formal, consubstanciada na submissão de todos perante a lei, sem qualquer distinção. Assim, sob essa ótica, todas as classes sociais, ricas, pobres ou miseráveis, seriam tratadas uniformemente, submetendo-se a leis de caráter geral e abstrato.

Segundo Moraes (2014), o “Estado Burguês de Direito”, como também era chamado o Estado Liberal de Direito, detinha uma ideologia de manutenção do *status quo*, rejeitando qualquer mudança na sociedade, de forma que qualquer ação política transformadora estaria fora do campo de legalidade, o que era inaceitável.

Contudo, o absenteísmo estatal diante das demandas sociais da época e a aplicação exclusiva da igualdade formal apenas fizeram crescer o capitalismo e o poder da burguesia, agravando ainda mais as condições da classe trabalhadora, em condições miseráveis (LA BRADBURY, 2000). Segundo o autor, o descompromisso estatal em relação às demandas sociais acabou levando os trabalhadores a se unir contra a exploração burguesa, dando ensejo a diversos movimentos sociais, os quais, conforme Santos (2010), exigiam uma mudança no papel até então exercido pelo ente estatal, fazendo-se necessária a criação de um Estado interventor nas questões sociais.

Nesse sentido é o ensinamento de Moraes:

A admissão da necessidade de intervenção/regulação da economia pelo Estado ampliou os contornos da ordem liberal e deu margem, em um momento de ruptura, à passagem para um modelo de Estado que intervém na ordem social e econômica. A crise do modelo liberal foi engendrada dentro dele e, pior, foi uma tentativa de perpetuá-lo (MORAES, 2014, texto digital).

O grande impacto trazido pela industrialização e os graves problemas econômicos e sociais dela decorrentes, abriram espaço a uma nova forma de pensamento, a partir do qual foi constatado que a liberdade e a igualdade pregadas pela classe burguesa, juntamente com o absenteísmo estatal, não serviam aos

anseios de justiça social<sup>2</sup>. A partir daí, é atribuído ao Estado um comportamento ativo nos aspectos sociais, não mais se mostrando possível a subsistência do Estado Liberal nos termos anteriormente destacados (SARLET, 2015).

Assim, o Estado Liberal entra em declínio, abrindo portas ao surgimento de um novo modelo de Estado: o Estado Social de Direito ou o Estado do Bem-Estar Social, do inglês *Welfare State* (MORAES, 2014, texto digital).

O Estado passa, enfim, a ter um papel interventor e promocional perante as demandas sociais, garantindo (minimamente) renda, alimentação, saúde e educação às classes desfavorecidas (MORAIS; STRECK, 2013). Nesse sentido:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social (BONAVIDES, 2010, p. 186).

É assim que surge o Estado Social de Direito, caracterizado, primordialmente, pela intervenção estatal nos âmbitos econômicos e social, pela busca da igualdade material e a realização da justiça social, pautada numa atuação positiva do Estado em prol dos desamparados (LA BRADBURY, 2006).

Conforme Martinez (2004, texto digital), a partir daí que “[...] definem-se, constitucionalmente, os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado”. Assim, segundo Bonavides (2010), surgem, assim, os direitos fundamentais de segunda dimensão, de caráter social, compreendendo, dentre outros, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia. São os chamados direitos sociais.

Ainda, nas lições de Martinez (2004), a igualdade aplicada no Estado do Bem-

---

<sup>2</sup> Segundo Oliveira (2017, texto digital) “[...] o conceito de justiça social está relacionado às desigualdades sociais e às ações voltadas para a resolução desse problema. Com isso, a justiça social consiste no compromisso do Estado e instituições não governamentais em buscar mecanismos para compensar as desigualdades sociais geradas pelo mercado e pelas diferenças sociais”.

Estar Social se tratava da igualdade material, a qual, ao contrário da igualdade formal existente no Estado Liberal, preocupava-se com a realidade de fato, reclamando um tratamento desigual para aqueles que se encontravam em condições desiguais, na medida de sua desigualdade. Assim:

Para alcançar tal intento, os capitalistas tiveram que substituir a igualdade formal, presente no Estado Liberal, que apenas contribuiu para o aumento das distorções econômicas, pela igualdade material, que almejava atingir a justiça social (LA BRADBURY, 2006, texto digital).

Como se vê, o Estado se torna, assim, positivamente atuante, buscando o pleno desenvolvimento de sua população, para, ao final, alcançar a tão almejada justiça social.

Entretanto, seguindo os ensinamentos de Bonavides (2010), o Estado Social não atendia aos anseios democráticos, pois se compadecia com regimes políticos antagônicos, a exemplo da Alemanha nazista e do Brasil de Getúlio Vargas, o que conferiu grande suspeição ao termo “social”. Como resultado desse fator, somado à ineficácia do Estado do Bem-Estar Social em relação à desigualdade social, que ainda se fazia fortemente presente, passou-se a reconhecer a necessidade de ações mais específicas e concretas por parte do ente estatal em prol das classes desfavorecidas, em um Estado pautado pela democracia (BONAVIDES, 2010).

Desta forma, o Estado Social de Direito passa a ser duramente questionado, abrindo-se portas, assim, à formação do Estado Democrático de Direito, que surge a partir da necessidade de se combater a frieza do Estado Liberal em relação ao indivíduo e a exiguidade democrática presente no Estado do Bem-Estar Social (SARTURI, 2003).

Esse modelo de Estado de Direito, como referido, é o ponto principal deste capítulo, e, por essa razão, passará a ser abordado no subcapítulo próprio, conforme a seguir desenvolvido.

## **2.2 Conceito e aspectos fundamentais do Estado Democrático de Direito**

Segundo Silva (2013), o Estado Democrático se funda na soberania popular, através da efetiva participação do povo nas questões públicas. Para Moraes (2005, p.

17), o Estado Democrático de Direito “significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.

Trata-se, em outras palavras, de um Estado Constitucional em que o poder deve ser adquirido e exercido legitimamente, direcionado a uma “[...] justificação e fundamentação democrática do poder” (SARLET, 2015, p. 264).

Silva (2013) explica que os princípios caracterizadores do Estado Democrático de Direito são os seguintes: a) princípio da constitucionalidade, o que significa que o Estado Democrático de Direito tem por base uma Constituição, emanada da vontade popular e dotada de supremacia; b) princípio democrático, isto é, a necessidade de uma “[...] democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais [...]” (p. 124); c) sistema de direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais e culturais); d) princípio da justiça social, como fundamento da ordem econômica e social; e) princípio da igualdade, em seu sentido formal e material, o que será analisado detalhadamente em momento próprio; f) princípios da divisão de poderes (legislativo, executivo e judiciário); g) princípio da legalidade, como instrumento de vedação a arbitrariedades estatais; h) princípio da segurança jurídica.

Moraes e Streck (2013) entendem que os diversos itens supracitados se tratam, na verdade, de elementos (e não princípios) caracterizadores do Estado Democrático de Direito. Porém, a divergência na nomenclatura é de caráter meramente formal, importando tão somente que tais caracteres estejam presentes em qualquer Estado que se intitule “Democrático de Direito”.

Observado o quanto exposto alhures, pode-se inferir que o Estado Democrático de Direito apresenta princípios (ou, para alguns, características) que o difere dos demais modelos de Estado. Silva (2013) assevera que o Estado Democrático de Direito supera os modelos de Estado anteriormente implantados, na medida em que revela um conceito novo, que traz consigo um elemento revolucionário, qual seja, a alteração do *status quo*, sendo esse o divisor de águas entre o Estado Democrático e os demais modelos de Estado de Direito. Para o autor, “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e

regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social” (p. 124).

Assume-se, finalmente, que o Estado, além de atuar positivamente nas demandas sociais, deve fazê-lo de forma a alterar, eficazmente, o *status quo*, auxiliando a população a desocupar a condição de miséria, para adentrar em uma situação social mais digna e justa. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito abre as perspectivas de realização social plena, mediante a prática dos direitos sociais, o exercício da cidadania, o que viabiliza a consagração da justiça social e dignidade da pessoa humana (SILVA, 2013).

Na lição de Moraes (2014), o Estado Democrático de Direito submete à lei que assegura o princípio da igualdade em suas duas formas, não só aquele que se dá diante da generalidade de seus preceitos (igualdade formal), típico do Estado Liberal, mas também daquele que se dá diante das desigualdades sociais existentes (igualdade material), criado a partir do Estado Social. Entretanto, a diferença entre a igualdade material aplicada no âmbito do Estado Democrático de Direito e aquela existente no Estado Social de Direito é, como dito, a alteração do *status quo*, preocupação anteriormente inexistente.

Noutro giro, conforme elucida Novelino (2009), é no contexto do Estado Democrático de Direito que são criados os direitos fundamentais de terceira dimensão, atrelados ao valor da fraternidade e solidariedade (superando o individualismo consagrado no Estado Liberal), destinados à proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente saudável, direitos do consumidor e à autodeterminação dos povos.

O Estado Democrático de Direito permite, assim, a realização das faculdades individuais por meio de um sistema jurídico de intrínseca inclusão e participação social, havendo a efetiva proteção do cidadão por parte do Estado (SOARES, 2013).

Mostra-se impraticável, pelo que se viu, pensar no Estado Democrático de Direito longe da efetivação dos direitos e garantias fundamentais ou, ainda, em separado dos anseios do povo. O poder é de titularidade do povo, responsável pela legitimação de todas as funções estatais no arranjo da coisa pública, o que pugna pelo compromisso estatal sempre voltado à satisfação dos interesses e direitos sociais (SILVA, 2013).

Assim, para melhor compreensão do tema, adentrar-se-á, agora, nos direitos, objetivos, princípios e fundamentos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

### **2.2.1 Da dignidade da pessoa humana**

É impossível se falar em Estado Democrático de Direito sem considerar, primordialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce fundamental desse modelo de Estado. Nesse sentido, cabe questionar: o que se entende por dignidade da pessoa humana? Segundo Comparato (2010), a resposta a essa pergunta foi dada de forma sucessiva por três campos distintos: a religião, a filosofia e a ciência.

A explicação religiosa, segundo o doutrinador, era no sentido de que os deuses antigos eram vistos como super-homens, de modo que havia uma transcendência divina defendida pela fé monoteísta, sendo o homem superior ao próprio mundo.

Posteriormente, em virtude da expansão do Iluminismo, sobrevém a explicação filosófica da dignidade do homem, fundamentada na razão do indivíduo, o qual é plenamente capaz de se guiar “[...] pelas leis que ele próprio edita” (COMPARATO, 2010, p. 14). É de acordo com a sua capacidade de autoavaliação que o ser humano, por vontade própria, se submete às leis da razão e, concomitantemente a isso, é, também, a fonte destas leis de cunho universal (COMPARATO, 2010).

Por fim, a justificativa científica se deu através da descoberta do processo evolutivo pelo qual todos os seres vivos passam, não sendo por acaso todos os seres humanos se encontrarem no ápice da cadeia evolutiva, afinal, “[...] tudo se organiza em função do homem” (COMPARATO, 2010, p. 16).

Sarlet (2012) aponta que Kant<sup>3</sup> representou grande influência sobre a ideia de dignidade da pessoa humana, ao construir uma “concepção a partir da natureza

---

<sup>3</sup> Nos ensinamentos de Kant (1986, p. 237), “a vontade é pensada como uma faculdade de se determinar a si mesma a agir em conformidade com a representação de certas leis. E tal faculdade é possível de ser encontrada nos seres racionais, porque o ser racional é capaz de autodeterminação, de servir-se da capacidade de propor-se o princípio objetivo da vontade sem recursos externos a si e que pode, por conseguinte, servir de lei prática universal, sendo válida, então, para todos os seres racionais.

racional do ser humano” (p. 33), embasada na ideia de que a autonomia de vontade é atributo encontrado somente nos seres racionais, constituindo-se, assim, no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha é a lição de Moraes (2005, p. 129), que refere ser a dignidade da pessoa humana:

[...] um valor inerente à toda pessoa, um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na **autodeterminação consciente** e responsável da própria vida e que traz consigo **a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável** que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [sem grifos no original]

Com efeito, seguindo os ensinamentos do autor, verifica-se que a dignidade pode ser entendida como um valor supremo intrínseco a todos os homens e que se expressa através da sua autonomia de se responsabilizar por sua própria vida, exigindo-se um mínimo de respeito a ser tutelado pelo Estado.

Sarlet (2007a), nessa mesma perspectiva, assevera que a dignidade da pessoa humana é:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007a, p. 383).

Para o autor, também, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada por parte de todos, Estado e sociedade, o que pressupõe a garantia de condições mínimas de existência a todo e qualquer ser humano, mediante a criação e efetivação de direitos fundamentais, inerentes a todos.

Ainda, Sarlet (2007a, p. 376) destaca que a dignidade da pessoa humana contempla “[...] uma dimensão dúplice, que se manifesta, por um lado, como expressão da autonomia da pessoa humana, e, por outro, como objeto sobre o qual deverá recair obrigatória proteção e respeito, tanto por parte do Estado como por parte da comunidade”. Com efeito, segundo o autor, a dignidade pode ser vista,

simultaneamente, na condição de limite e tarefa do poder do Estado e da sociedade, de forma que a “dimensão-limite” estaria relacionada à dimensão defensiva e a “dimensão tarefa” estaria atrelada à dimensão prestacional da dignidade (SARLET, 2007a).

Nesse sentido, Bortoluzzi (2005, texto digital) ensina que a dimensão tarefa da dignidade “[...] resulta na imposição ao Estado, e também à comunidade, de preservar a dignidade existente, promovendo e criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da mesma”. Esta dimensão almeja, portanto, a realização de uma vida com dignidade para todos.

A “dimensão limite”, por sua vez, “[...] implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano” (LOUREIRO apud BORTOLUZZI, 2005, texto digital).

Noutro giro, Barroso (2010) aponta que o reconhecimento da dignidade da pessoa como valor supremo de uma sociedade é resultado das terríveis consequências deixadas pela Segunda Guerra Mundial, que teve fim em 1948, momento a partir do qual a dignidade humana encontra sua concepção jurídica, sendo incluída em documentos internacionais e nas Constituições dos Estados (BARROSO, 2010). É no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que a dignidade é reconhecida como “[...] o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Segundo Comparato (2010), considerando que a compreensão da dignidade da pessoa humana é o resultado da dor e do sofrimento, físicos e morais, a que alguns seres humanos têm sido submetidos, passou-se a exigir uma vida mais digna para todos, com a unificação da humanidade e dos direitos a ela inerentes. Nesse cenário, foram lançados os “fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais [...]” (p. 11).

A partir daí passa-se a reconhecer a existência de direitos universais (inerentes a todos os seres humanos), indispensáveis para fins de garantia da dignidade humana, consubstanciados nos direitos humanos e fundamentais, que serão abordados a seguir.



### 2.2.2 Dos direitos humanos e dos direitos fundamentais

A ideia de dignidade da pessoa humana e o “[...] sofrimento como matriz da compreensão mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos [...] (COMPARATO, 2010, p. 54), trazendo à tona, assim, a importância de se reconhecer e se afirmar, universalmente, a existência de direitos inerentes a todo e qualquer homem, indistintamente (COMPARATO, 2010). Ainda, para o autor, não se pode falar em direitos humanos sem abordar a dignidade da pessoa humana, da mesma forma, não se pode falar em dignidade sem abordar os direitos humanos.

Apesar dos direitos humanos terem raiz antiga, seu reconhecimento é moderno. Sua concretização, entretanto, está longe de se esgotar, tendo em vista que é infindável a necessidade de conquista e criação de novos direitos (PINHEIRO, 2008).

Nesse sentido, Rubio (p. 41, 2010) sabidamente elucida que os direitos humanos são:

[...] entendidos como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional, que em cada contexto abre e consolida espaços de luta por expressões múltiplas da dignidade humana, não se reduzem a um único momento histórico e a uma única dimensão jurídico-procedimental e formal.

Assim, do trecho acima transcrito, verifica-se que, segundo o autor, os direitos humanos decorrem dos valores e práticas predominantes em determinada sociedade, sendo o resultado da luta da população na busca pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Segundo Bobbio (2004), o conceito e a formação dos direitos humanos não se limitam a um marco temporal específico, apresentando-se de diversas formas. Para o filósofo, a afirmação dos direitos humanos ganha força, pela primeira vez, com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa, quando é instituído um autêntico sistema de direitos, consubstanciado em direitos positivos, ou, como alguns preferem, direitos efetivos.

No entanto, é em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos

(DUDH), que os direitos do homem passam a assumir um caráter universal e positivo (BOBBIO, 2004). Universal porque os destinatários não são os cidadãos de um ou outro lugar, mas sim todos os seres humano. Positivo porque, a partir de então, esses direitos deveriam ser efetivados e protegidos pelo e contra o Estado. É nesse momento de positivação dos direitos humanos que se verifica sua diferença em relação aos direitos fundamentais (BOBBIO, 2004). Para o autor (2004, p. 30), “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

É de acordo com esse entendimento que passa a ter real importância a ideia de que os direitos humanos e fundamentais devem, além de estar devidamente positivados em determinado Estado, ser assegurados a todos, de forma a ser plenamente efetivados perante todos.

Nessa perspectiva, conforme os ensinamentos de Sarlet (2015), os direitos fundamentais são os direitos do homem reconhecidos e positivados por uma Constituição, em âmbito nacional. Os direitos humanos, por sua vez, se referem aos direitos do homem em caráter universal, analisado sob o prisma internacional, isto é, os direitos humanos são assim entendidos em qualquer país/nação, independentemente de uma Constituição. Assim, o autor refere que tal distinção apenas indica se os respectivos direitos são objeto de análise no âmbito do direito internacional ou nacional.

Bonavides (2010) defende a existência de dois critérios formais, utilizados por Carl Schmitt, para definir direitos fundamentais: o primeiro é no sentido de que podem ser chamados de direito fundamental aqueles direitos que estão especificados numa Constituição; o segundo, diz respeito à ideia desses direitos receberem da Constituição um tratamento diferenciado, por possuírem um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo imutáveis, ou dificilmente modificáveis.

Consoante o ensinamento de Novelino (2009), na linha do que foi abordado anteriormente nesse trabalho, os direitos fundamentais não surgiram conjuntamente uns com os outros, mas sim em momentos históricos distintos, em conformidade com as demandas de cada época, daí a nomenclatura “dimensões dos direitos

fundamentais”, ou seja, apesar de não terem sido criados no mesmo momento, os direitos fundamentais foram sendo construídos sucessivamente, em três dimensões distintas, de maneira que hoje coexistem em perfeita harmonia.

Conforme ensina Sarlet (2015), os direitos fundamentais de primeira dimensão são resultado do pensamento burguês existente no Estado Liberal, constituindo-se em direitos de cunho eminentemente negativo e individualista, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal, os quais foram “[...] concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado” (p. 308).

O autor prossegue, asseverando que, devido à ineficácia dos direitos de primeira dimensão na resolução das demandas sociais, somada ao surgimento do movimento socialista, são criados, no âmbito do Estado Social, os direitos fundamentais de segunda dimensão, de caráter positivo e social, exigindo-se do Estado um papel de interventor e propulsor desses direitos, quais sejam, os direitos econômicos, culturais, sociais, dentre os quais se verifica o direito à igualdade material.

Por fim, na lição de Novellino (2009), surgem os direitos de terceira dimensão, agora no âmbito do Estado Democrático de Direito, que tem por destinatário não mais o indivíduo em si considerado (como era na primeira e segunda dimensões), mas sim o gênero humano como um todo. São os chamados direitos transindividuais (difusos e coletivos), voltados, precipuamente, à raça humana.

Esses direitos, de acordo com Sarlet (2015), por exigirem a mútua cooperação entre todos os indivíduos para sua efetivação, são também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade. Como exemplo, tem-se o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio-ambiente, ao desenvolvimento e à comunicação.

A afirmação de todos esses direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão, é necessária e indispensável em qualquer Estado que propague a justiça social e a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, Canotilho e Moreira (2007) sustentam que o Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de direitos fundamentais, devidamente positivados, e, da mesma forma, os

direitos fundamentais requerem a existência de um Estado Democrático de Direito, porquanto indissociáveis.

Para Bonavides (2010), nesse mesmo sentido, não há que se falar em Constituição se não houver a efetiva garantia dos direitos fundamentais, dentro os quais o princípio da igualdade aparece como o de maior expressão, sendo o alicerce e o objetivo de uma sociedade preocupada com a justiça social, especialmente, no âmbito do Estado Democrático de Direito, razão pela qual será realizada, a seguir, a devida abordagem acerca desse princípio.

### **2.2.3 O princípio da igualdade**

A compreensão acerca do princípio da igualdade se faz necessária para que possa entender adequadamente os fundamentos e objetivos atrelados ao Estado Democrático de Direito, notadamente no que tange à redução da desigualdade social e à busca pela justiça social, questões basilares no assunto referente ao tema das ações afirmativas.

Segundo Sarlet (2015), a igualdade é a “pedra angular” do Estado Democrático de Direito, constituindo-se no seu fundamento e no seu objetivo. O autor sustenta que a igualdade ganhou efetiva importância juntamente com a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais, no período pós-guerra. É o que se verifica do artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Na lição de Nunes (2004, p. 06), a observância ao princípio da igualdade exige a existência de dois comandos:

O primeiro, de que a lei não pode fazer distinções entre as pessoas que ela considera iguais – deve tratar todos do mesmo modo; o segundo, o de que a lei pode - ou melhor, deve – fazer distinções para buscar igualar a desigualdade real existente no meio social, o que ela faz, por exemplo, isentando certas pessoas de pagar tributos; protegendo os idosos e os menores de idade; criando regras de proteção ao consumidor por ser ele vulnerável diante do fornecedor etc. É nada mais que a antiga fórmula: tratar

os iguais com igualdade e os desiguais desigualmente.

O princípio da igualdade, dessa forma, comporta duas vertentes: a igualdade formal e a igualdade material. Conforme Moraes (2014), a igualdade formal (igualdade perante a lei) se trata, pura e simplesmente, de uma aplicação genérica e abstrata da lei, a qual é aplicada indistintamente em relação a todos, típica do Estado Liberal de Direito. No entanto, a igualdade formal se mostrou ineficaz em diversos aspectos sociais, já que não afastava as situações de injustiça. Assim, como resposta, surge a concepção material de igualdade, atrelada à realidade fática e que visa à igualdade perante os bens da vida, sendo considerada uma condição/pressuposto da igualdade formal, já que a distribuição de direitos de forma equilibrada se dá em momento anterior à alteração estrutural da sociedade e da economia, através da eliminação de obstáculos que impeçam a efetiva verificação. A igualdade material se fez e faz presente nos modelos Social e Democrático de Direito.

Como se vê, o princípio da igualdade material, ou, como alguns preferem, a igualdade substancial, pressupõe o tratamento desigual àqueles que se encontram em situações diferentes. Conforme Nelson Nery Junior (1999, p. 42), “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Marques, Benjamin e Miragem (2005) vão além, sustentando que o ato de dar tratamento desigual aos desiguais não se trata apenas do princípio da igualdade, mas sim do princípio da equidade, através do qual se busca uma solução justa para cada caso, não havendo nada mais diferenciador e equitativo do que o reconhecimento do direito de cada um à sua diferença. Desta forma, a igualdade e a equidade, enquanto elementos complementares, servem de norte à busca pela justiça social.

Nessa linha, importa destacar os ensinamentos de Rawls (2000) no que se refere à ideia de justiça. Para o filósofo, para a concretização da justiça social efetiva, é necessário se atentar a dois princípios: o da liberdade e o da diferença. Assim:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, bem como as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos (RAWLS, 2000, p. 66).

De acordo com os dois princípios referidos, a teoria da justiça de Rawls busca assegurar o valor do ser humano, protegendo, em um primeiro momento, as suas liberdades fundamentais, e, num segundo momento, viabilizando melhores condições sociais em sua vida. Com efeito, para que esse fim seja atingido, “[...] os princípios devem obedecer a uma ordenação social, sendo que o primeiro antecede o segundo” (RABELO JUNIOR, 2011, texto digital).

Assim, na perspectiva rawlsiana, o princípio da diferença é pressuposto do princípio da igualdade, prestando-se a tutelar aqueles que se encontram em uma posição inicial desigual, e que, por essa razão, merecem receber um tratamento diferenciado, de forma a se atingir uma igualdade de posições e oportunidades.

Nesse sentido é o notável ensinamento de Sandel (2012, p. 191):

Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa. (...) Uma das formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e econômicas. Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas.

Com efeito, de acordo com os ensinamentos do autor, influenciado pelo pensamento de John Rawls, para que se atinja a justiça social e a igualdade efetiva, é essencial a realização de transformações sociais, mediante a alteração do *status quo*.

Essa transformação social, segundo Kern e Neto (2014), somente ocorrerão através da implantação de medidas específicas para esse fim, assumindo-se as minorias marginalizadas e garantindo que as desigualdades (sociais, econômicas, políticas, educacionais) não sejam um impedimento ao desenvolvimento da formação do indivíduo.

Nesse cenário, a promoção de políticas de igualdade e de equidade se mostra como uma alternativa para fazer prevalecer o espírito dos valores mais caros da humanidade e, também, para melhorar a vida em sociedade em todos os campos, a

despeito das barreiras e óbices próprios do capitalismo (dos capitalistas) para a efetivação de políticas igualitárias. É necessário, assim, que o Estado promova, nos variados campos sociais, os valores supremos construídos historicamente pela humanidade, notadamente a dignidade da pessoa humana e a igualdade material (AZEVEDO, 2013).

### **3 AÇÕES AFIRMATIVAS**

As desigualdades sociais e a discriminação em suas diversas facetas sempre estiveram presentes nas relações humanas, o que exigiu uma atuação estatal ativa, mediante a promoção de medidas eficazes no combate a essa realidade, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos humanos e fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Uma das saídas encontradas pelo Estado na busca pela igualdade material são as ações afirmativas, instrumentos legítimos de correção das injustiças historicamente acumuladas na sociedade. Essas ações são o ponto principal deste capítulo.

Assim, para a sua adequada compreensão, o presente capítulo buscará descrever o conceito, os aspectos fundamentais, a natureza, a origem e a evolução histórica das ações afirmativas, bem como a sua aplicação no contexto brasileiro.

#### **3.1 Conceito e aspectos fundamentais**

Antes de conceituar as ações afirmativas, mostra-se relevante fazer uma análise sobre o que se entende por discriminação, um grave problema que há anos vem se perpetrando no meio social, e, portanto, merece ser combatido. O art. 1º da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define a discriminação como sendo:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça,



cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício – em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Como se vê, a discriminação pode se expressar em diversas formas (distinção, exclusão, restrição) no contexto social. Assim, e considerando o tema do presente trabalho, que são as ações afirmativas, destaca-se que a concepção de discriminação aqui considerada é aquela referente à exclusão e à restrição de diversas camadas sociais, por motivos de cor, raça, gênero, etnia, orientação sexual ou condição econômica.

Feita esta breve consideração, pretende-se, agora, analisar especificamente as ações afirmativas, cujo conceito está carregado de sentidos, merecendo, pois, especial atenção. Na lição de Gomes (2003, p. 27):

[...] as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Noce (2010, texto digital) aduz que as ações afirmativas constituem “[...] um instrumento legítimo de correção de injustiças históricas e atuais contra as minorias, segmentos que sempre se viram alijados de uma participação mais influente na sociedade [...]”, os quais encontram nessas medidas a possibilidade de inclusão social.

As políticas de discriminação reversa, como também são chamadas as ações afirmativas, impõem ao Estado a obrigação de intervir para alterar o meio social (*status quo*), levando em conta os fatores discriminatórios e os seus efeitos perversos em nossa sociedade, criando e executando políticas que fomentem oportunidades de inclusão social àqueles que dela necessitam (BERTONCINI; FILHO, 2012).

Os mesmos autores complementam, defendendo que as ações afirmativas não possuem natureza punitiva e nem visam proibir a discriminação, mas buscam, na verdade, combater os efeitos deixados pela discriminação, mediante uma atuação positiva por parte do ente estatal.

Nos ensinamentos de Piovesan (2008), as ações afirmativas (também denominadas “ações compensatórias” ou “discriminação positiva”), se tratam de políticas (públicas ou privadas) de caráter compensatório, adotadas para remediar as más condições sociais decorrentes de um histórico social discriminatório, que visam assegurar a diversidade e a pluralidade social, observados o direito à igualdade e o respeito às diferenças. É através dessas medidas afirmativas que ocorre a transição da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva.

Ainda para a autora, a ideia central das ações afirmativas é o combate à discriminação, conjugada com a busca pela igualdade efetiva. Segundo a doutrinadora, a discriminação ocorre quando os iguais são tratados desigualmente e quando os desiguais são tratados igualmente. Por essa razão, além de proibir a discriminação, é necessária a adoção de políticas compensatórias (promocionais), que acelerem a igualdade. Assim:

[...] para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação (PIOVESAN, 2005, p. 49).

As ações afirmativas pretendem mitigar as desigualdades historicamente acumuladas, conferindo igualdade de oportunidades e tratamento, além de compensar os prejuízos decorrentes da discriminação e marginalização causados por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros (SANTOS *et al.*, 1999, p. 25).

Para Danziger e Gottschalk apud Gomes (2003), as ações afirmativas não almejam apenas coibir a discriminação atual, mas, sobretudo, buscam erradicar os efeitos persistentes da discriminação pretérita, que tendem a se perpetuar.

Em outras palavras, as ações afirmativas buscam a restituição de uma igualdade que foi rompida ou, ainda, a criação de uma igualdade que nunca existiu, de forma a consagrar os direitos humanos e fundamentais, e, conseqüente, garantir a proteção à dignidade da pessoa humana (MOEHLECKE, 2002).

Nesse sentido, as ações afirmativas se tratam de um imperativo democrático que enaltecem o valor da diversidade e da justiça social, e que almejam aliviar a carga negativa decorrente de um passado discriminatório, fomentando as transformações sociais necessárias, no presente e no futuro (PIOVESAN, 2010). Essas medidas “[...] devem prevalecer em detrimento de uma suposta prerrogativa de perpetuação das desigualdades estruturais que tanto fragmentam a sociedade” (PIOVESAN, 2010, texto digital).

As ações afirmativas, então, surgem para, além de consagrar a igualdade material, transformar a realidade social, mediante incentivos em diversos âmbitos, como no âmbito cultural, de forma a incentivar a promoção das mais variadas formas de ação afirmativa:

[...] além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar (GOMES, 2001, p.133).

Considerando os seus propósitos no sentido de realizar a igualdade material, através de mecanismos de transformação social, surgem alguns questionamentos referentes à durabilidade das ações afirmativas, isto é, se elas possuem prazo de validade para terminar ou se elas perduram infinitamente. Para a maior parte dos autores, como é o caso de Ferreira Filho (2003), Piovesan (2008) e Kauffman (2007), as políticas de ação afirmativa são medidas de caráter temporário, isto é, perduram até que seja atingido seu objetivo, qual seja, a igualdade material.

Nesse mesmo sentido, Ferreira Filho (2003) aponta que, levando-se em conta que as ações afirmativas se tratam de medidas positivas, é necessário que elas sejam implementadas de forma temporária, evitando-se, assim, uma eventual carga negativa de igualdade, o que desnaturaria o seu propósito. O autor destaca que o respeito à temporariedade é essencial para a legitimidade dessas ações, as quais devem perdurar até que se atinja, efetivamente, a igualdade material. Assim, tão logo se alcance esse propósito, a ação afirmativa criada para o caso específico não deve mais prosperar.

Kaufmann (2007) também defende que a promoção de políticas afirmativas deve, necessariamente, ter um prazo de duração, o qual atingirá seu termo final assim que forem sanados ou minimizados os efeitos que estão sendo combatidos. Isso porque, nas lições da autora, considerando que as ações afirmativas objetivam um equilíbrio entre as camadas sociais, devem tais medidas ser extintas assim que o equilíbrio seja atingido, sob pena de estabelecer distinções que não são mais devidas ou legítimas.

Corroborando esse entendimento, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002, no inciso I, do art. 4º, assim dispõe:

A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

Para Cruz (2011), entretanto, é um equívoco deduzir que, através das ações afirmativas, a igualdade será sempre alcançada. Segundo o autor, por vezes a igualdade material não é atingida, o que exigiria a subsistência da ação. Por essa razão é que, por vezes, a definição dessas medidas perde seu caráter definidor de temporariedade, tendo em vista a existência de algumas desigualdades nunca equalizadas na sociedade.

De outro norte, é importante mencionar que a expressão ações afirmativas engloba tanto medidas impositivas (obrigatórias ou compulsórias) por parte do Estado, bem como atividades voluntário-facultativas de inclusão, implantadas a critério de cada instituição (como é o caso das universidades ou empresas), seja espontaneamente ou mediante o incentivo do governo, mas almejando, sempre, a consagração da igualação material (BRITO FILHO, 2014).

Santos (2005) defende que as ações afirmativas se tratam de políticas criadas em prol de determinadas camadas sociais, como resposta à discriminação a que estas foram/são submetidas, as quais podem ser implementadas pelo Estado (políticas públicas) ou pela iniciativa privada (políticas privadas).

As ações afirmativas são conceituadas como “políticas” porque elas têm início

a partir de uma formulação de decisões, na verificação e priorização de problemas sociais que requerem atenção e busca por uma solução, tais como planejamentos, programações, dentre outros (PRUDENTE, 2003). Nessa linha, e considerando especialmente o tema do presente trabalho, dar-se-á especial atenção às políticas públicas, relacionadas ao Estado enquanto agente promotor dos direitos do cidadão.

### 3.1.1 Das políticas públicas

As políticas públicas<sup>4</sup>, segundo Schmidt (2008), nos remetem às questões públicas e seus problemas, sendo, contudo, definidas de formas distintas por alguns doutrinadores.

Bucci (2002, p. 241) assevera que políticas públicas podem ser definidas como “[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Para o Schmidt (2008), o estudo da política passa por três dimensões, sob termos que derivam da língua inglesa: *polity*, *politics*, *policy*. O primeiro diz respeito à dimensão institucional da política, o segundo está atrelado à sua dimensão processual e, o terceiro, relaciona-se ao conteúdo material (concreto) da política, ou seja, às políticas públicas.

Nesse sentido, consoante os ensinamentos do autor (SCHMIDT, 2008), toda política pública, para que assim possa ser denominada, deve ser composta por três elementos caracterizadores, quais sejam: (a) a tomada de decisões e ações que implementem valores; (b) a existência de uma instância que determine o contexto em

---

<sup>4</sup> Nos dizeres de Almeida (2016, texto digital) “Políticas de governo são aquelas que o Executivo decide num processo bem mais elementar de formulação e implementação de determinadas medidas para responder às demandas colocadas na própria agenda política interna. Elas podem até envolver escolhas complexas, mas pode-se dizer que o caminho entre a apresentação do problema e a definição de uma política determinada (de governo) é bem mais curto e simples, ficando geralmente no plano administrativo, ou na competência dos próprios ministérios setoriais. [...] As políticas de Estado, por sua vez, são aquelas que envolvem as burocracias de mais de uma agência do Estado, justamente, e acabam passando pelo Parlamento ou por instâncias diversas de discussão, depois que sua tramitação dentro de uma esfera (ou mais de uma) da máquina do Estado envolveu estudos técnicos, simulações, análises de impacto horizontal e vertical, efeitos econômicos ou orçamentários, quando não um cálculo de custo-benefício levando em conta a trajetória completa da política que se pretende implementar”.

que as decisões serão tomadas; e (c) a existência de uma série de decisões e o desenvolvimento de ações.

Quanto à tipologia das políticas públicas, o autor destaca a visão proposta por Theodor Lowi, em 1960, em que são identificadas quatro tipos de políticas públicas:

- I - distributivas: consistem na distribuição de recursos provenientes da coletividade a regiões/segmentos específicos, não possuindo um caráter universal. Este tipo de política não gera prejuízos aos setores que por ela não são beneficiados. Como exemplo, citam-se as políticas de auxílio aos deficientes físicos e a implementação de escolas e hospitais;
- II - redistributivas: tratam-se de políticas que deslocam os recursos das camadas sociais privilegiadas às camadas mais pobres, como a reforma agrária, bem como de políticas de cunho universal, voltada a todos, a exemplo da seguridade social; ainda, este tipo de política pública comporta a transferência de recursos públicos aos necessitados, como o Programa Bolsa-Família;
- III - regulatórias: são políticas que estabelecem obrigatoriedades, possuindo um caráter imperativo, as quais regulamentem, mediante a criação de normas, decretos e proibições o funcionamento dos equipamentos e serviços públicos, como, por exemplo, o Código de Trânsito, o Código Florestal, a política de uso do solo, dentre outros;
- IV - constitutivas/estruturadoras: são as políticas que determinam as regras do jogo, ou seja, são normas que devem ser seguidas quando na formulação e implantação das demais políticas públicas; como exemplo, temos a definição do sistema de governo a ser seguido e as regras constitucionais diversas.

Por outro lado, conforme ensinam Baptista e Rezende (2015), as políticas públicas passam por um ciclo constituído de cinco fases, tendo início com a percepção de um problema e a necessidade de uma atuação estatal para ser solucionado. Esta é a primeira fase, denominada de montagem da agenda, em que se reconhece um determinado problema como sendo de relevância pública.

A partir da inclusão na agenda (reconhecimento do problema), o processo da política pública entra em sua segunda etapa: a formulação da política, na qual são criadas, no âmbito do governo, as alternativas e possíveis soluções para o problema. É o momento do diálogo entre intenções e ações.

Posteriormente à formulação da política, passa-se à terceira fase: a tomada de decisão, momento em que o governo escolhe uma solução ou um conjunto de soluções para o problema e estabelece quais são as metas, os recursos e limite temporal da intervenção.

Uma vez estabelecidos os critérios a serem observados, finalmente é colocada em prática a política pública. Para Baptista e Rezende (2015), esta quarta fase pressupõe a existência de conjunto de sistemas e atividades, a exemplo de um sistema gerencial e decisório, além de recursos e materiais financeiros.

Por fim, após implementada, a política pública entra na sua última fase: a avaliação, em que se verifica a sua eficácia e se ela deve ser mantida ou, então, excluída, seja por ter atingido seu objetivo, seja por não ter produzido o efeito desejado.

Assim, tem-se que as ações afirmativas, especialmente aquelas adotadas pelo poder público, as chamadas “políticas públicas afirmativas” não nascem e são executadas de forma aleatória e sem fundamentos. Há, de fato, todo um procedimento que se dá desde a sua inclusão na agenda do Estado até sua execução e avaliação.

De outro lado, para o adequado exame das ações afirmativas, além de se verificar os seus aspectos principais, merece importante atenção a natureza dessas ações, o que também justifica e dá suporte à sua realização.

### **3.2 Natureza das ações afirmativas**

Existem dois fundamentos para a implantação de ações afirmativas no contexto social. O primeiro deles é a teoria da Justiça Compensatória e o segundo é a teoria

da Justiça Distributiva, ambas pautadas na visão aristotélica acerca da justiça (GOMES, 2001). Nesse sentido, consoante Brito Filho (2014, texto digital), uma ação afirmativa é:

Distributiva porque surge da necessidade de equalizar a distribuição ou o acesso de determinado bem jurídico entre todos os entes da sociedade. Compensatória porque visa privilegiar grupos que por fatores históricos de discriminação e exclusão social, foram afetados consideravelmente nos seus direitos, merecendo uma atenção diferenciada.

A Justiça Compensatória, segundo Gomes (2001), seria uma maneira de corrigir injustiças perpetuadas historicamente, oriundas de políticas de subjugação (preconceito e discriminação) adotadas por um longo tempo, de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras.

Nessa linha, ao se falar em ações afirmativas, uma das primeiras ideias que surgem quanto à sua legitimidade, é relativa ao seu caráter compensatório/reparatório. As teorias compensatórias vêm sendo amplamente utilizadas para justificar a promoção das medidas positivas, no sentido de que elas buscam corrigir as perversas e constantes discriminações perpetradas no decorrer dos anos contra camadas sociais específicas, tais como negros, mulheres, deficientes físicos, dentre outros (GOMES, 2001). Essa ótica compensatória é nítida através das definições transcritas no subcapítulo anterior.

Por outro lado, segundo Kaufmann (2007), uma teoria que é melhor aceita em relação à teoria compensatória é a teoria da Justiça Distributiva, segundo a qual é necessário que se promova a redistribuição equânime de direitos, benefícios e deveres entre todos os membros da sociedade, no intuito de serem erradicadas ou, ao menos, minimizadas, as iniquidades sociais. Trata-se, na verdade, de uma teoria prospectiva, ao contrário da teoria compensatória, que adota um viés retrospectivo.

Gomes (2001) ensina que a teoria da Justiça Distributiva parte do pressuposto de que determinado indivíduo ou grupo social possui o direito de buscar certas vantagens, benefícios ou posições sociais, às quais naturalmente teriam acesso se inexistissem a discriminação e a desigualdade, isto é, se existisse efetiva justiça social.

Assim, nos ensinamentos de Kaufmann (2007), é mediante a teoria



redistributiva que há um redirecionamento dos benefícios, dos direitos e das oportunidades entre os cidadãos. Esse redirecionamento, conforme a autora, ocorre através de ações interventivas do Estado, possibilitando e fomentando a efetivação do princípio da igualdade. Afinal, se o ente estatal se mantiver inerte ou neutro, as barreiras decorrentes da discriminação jamais permitiram a igualdade de acesso e oportunidades às camadas sociais desfavorecidas.

Desta forma, conforme o entendimento de Moehleck (2002), pode-se falar em ação afirmativa como uma medida compensatória/reparatória ou redistributiva, que possui o propósito primordial de corrigir situação de discriminação e desigualdade no presente, no passado ou no futuro.

### 3.3 Origem e evolução histórica

As ações afirmativas têm sua origem na Índia, país marcado por uma grande diversidade cultural e étnico-racial, fato que gerou uma profunda desigualdade social naquele país. Com o propósito de reverter esse quadro e motivados a combater, precipuamente, a exclusão social, importantes lideranças políticas indianas aprovaram, em 1935, o chamado *Government of India Act*, documento voltado à inclusão social das camadas vulneráveis (MENEZES, 2001).

No entanto, como ensinam Bertoni e Filho (2012), foi nos Estados Unidos que a expressão “ação afirmativa” foi usada pela primeira vez, na década de 1960, sob a nomenclatura “*affirmative action*”, em um momento em que se buscava igualdade de condições entre os negros e brancos norteamericanos:

Recuperando o foco da gênese das políticas de ação afirmativa, ao tempo da concepção da Constituição Federal dos Estados Unidos, passava o país por um intenso movimento que buscava a abolição da escravatura. Os escravos negros ainda eram considerados objetos de direito e não sujeitos de direito (BERTONI; FILHO, 2012, p. 406).

Conforme ensina Rodrigues (2005), foi através da norma executiva nº 10.952 de 1961, editada pelo então presidente, John Kennedy, que surgiu pela primeira vez a expressão, a qual destinava-se a vedar as discriminações (de raça e nacionalidade) em desfavor de candidatos a emprego no âmbito da administração pública.

Porém, a mais forte expressão das ações afirmativas teve início a partir das reivindicações dos negros pelos direitos civis. Isso porque os Estados Unidos foram, por muitos anos, palco de graves situações de discriminação contra os negros, de forma que as próprias leis os colocavam em situações vexatórias e de inferioridade. Os direitos fundamentais não se estendiam aos negros, os quais não tinham acesso à educação, e nem tampouco à liberdade de ir e vir (RODRIGUES, 2005).

É o que também ensina Menezes:

Em Maryland (1806), eles não podiam sequer possuir um cachorro. Na Geórgia, eles não podiam usar ou portar armas de fogo, sendo que o Código Penal do Estado (1833) considerava crime 'ensinar qualquer escravo, negro ou pessoa de cor livre a ler, tanto caracteres escritos quanto impresso'. Na Carolina do Sul (1800), era ilegal, para 'qualquer número de escravos, negros livres, mulatos ou mestiços, mesmo em companhia de pessoas brancas, reunir-se com o propósito de obter instrução intelectual ou de culto religioso, fosse antes de o sol nascer, fosse depois do sol se pôr (MENEZES, 2001, p. 17).

Nesse contexto, os chamados "movimentos negros" passaram a ocorrer naquele país na busca pelos direitos civis, como o movimento pacífico liderado por Martin Luther King e o movimento mais radical das "Panteras Negras", que encontrou na força das armas a resposta à discriminação da população negra (RODRIGUES, 2005).

O principal movimento liderado por Martin Luther King, a Marcha para Washington, em 1963, foi determinante para a aprovação do *Civil Rights Act* de 1964 (Lei dos Direitos Civis), pelo então presidente Lyndon Johnson, antigo vice-presidente dos Estados Unidos, que sucedeu Kennedy após o seu assassinato. Eram, enfim, reconhecidos os direitos civis à população negra (RODRIGUES, 2005).

Entretanto, segundo Menezes (2001), a atuação do presidente Johnson não se limitou à aprovação da Lei dos Direitos Civis, tendo em vista seu resultado insatisfatório, que não geraram grandes mudanças na questão da igualdade. Assim, em 1965, Lyndon Johnson proferiu o seguinte discurso, na Universidade de Howard:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz: 'você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade; todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões (MENEZES, 2001, p. 91).

Portanto, segundo se verifica do trecho transcrito, a igualdade meramente formal, que confere tratamento igual a todos, sem observar a particularidade de cada caso, é ineficaz em um contexto inundado por situações desiguais. Por essa razão, para a realização da verdadeira justiça social, impõe-se, primeiramente, que se concedam tratamentos diferenciados e especiais àqueles que sempre estiveram em uma posição inferior, para que, então, eles estejam aptos a competir com os demais, em pé de igualdade.

Além da criação do *Civil Rights Act*, é promulgada a Ordem Executiva nº 11.246, em 1965, que impunha às empresas que fossem contratar com a Administração Pública uma atuação em prol da diversidade e da integração de minorias historicamente discriminadas e socialmente excluídas. É nesse momento que a expressão *affirmative action* se consolida (RODRIGUES, 2005).

Assim, aliadas às políticas de combate à discriminação, entraram em cena políticas de inclusão social, econômica e política, medidas verdadeiramente voltadas à promoção de uma equidade entre os indivíduos, independentemente de sua raça, origem, gênero ou cor (PIOVESAN, 2008).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por ocasião do julgamento do caso *Regents of The University of California v. Bakke* (1978), em que se questionava a legitimidade das ações afirmativas, entendeu que essas medidas eram constitucionais, momento a partir do qual passaram a ser consideradas instrumentos legítimos no combate à discriminação. Conforme Gomes (2001, p. 106), a Suprema Corte, naquela oportunidade, afirmou que “qualquer plano de ação afirmativa pode ser compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido”.

No entanto, Menezes (2001) assevera que, muito embora a expressão ação afirmativa tenha sido utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, não foi naquele país que essas medidas foram inventadas.

Ainda, seguindo os ensinamentos de Moehleck (2002), inspirados pelos efeitos positivos decorrentes das políticas de inclusão, outros países também implantaram ações afirmativas, como a Austrália, Malásia, Nigéria, África do Sul, Canadá, Argentina, Cuba e o Brasil, dentre outros.

Segundo Gomes (2001), as ações afirmativas, de fato, trouxeram grandes benefícios à realidade estadunidense, conforme se verifica de estudos realizados pela Universidade de Harvard:

[...] os avanços obtidos pelos negros norte-americanos na área da educação, em consequência das ações afirmativas, são simplesmente impressionantes, sobretudo, se levarmos em conta o fato de que, até o início dos anos 60, os negros eram proibidos de frequentar os mesmos locais públicos, as mesmas escolas, os mesmos locais de diversão frequentados pelos brancos. O mencionado estudo revela, por exemplo, que o percentual de negros formados em Universidades e escolas profissionais pulou, entre 1960 e 1995, de 5,4% para 15,5% do total de graduados; nas faculdades de Direito, o progresso de 1% para 7,55%, ou seja, mais de 700%; em medicina, de 2,2% em 1964, para 8,1% em 1995; as empresas americanas em geral, que, no início dos anos 60, não tinham negros em cargos executivos (como no Brasil do ano 2000), atualmente abrigam 8% de negros nas posições de executivos e administradores; o número total de agentes públicos eleitos (governadores, prefeitos, delegados, juízes e promotores, xerifes, etc.) passou entre 1965 e 1995 de 280 para 7.984 (GOMES, 2001, p. 91).

Assim, como já referido, considerando os satisfatórios efeitos das ações afirmativas no contexto social, cada vez mais, os países preocupados com a justiça social e proteção da dignidade da pessoa humana passaram a recepcionar e promover tais medidas de cunho positivamente discriminatório, como é o caso do Brasil, o que será abordado a seguir.

### **3.4 Surgimento e histórico das ações afirmativas no Brasil**

No contexto histórico, as políticas públicas brasileiras se caracterizam por adotar uma perspectiva de cunho social, consubstanciadas em ações redistributivas ou assistenciais, pautadas, especialmente, na busca pela igualdade. Quanto à temática, Gomes (2001, p. 20). sustenta que:

Em países como o Brasil, onde a discriminação é velada, dissimulada, não assumida, isso tem um efeito devastador nas políticas anti-discriminatórias adotadas, contribuindo para a estigmatização daquelas poucas pessoas que ousam desafiar o status quo e que se vêem conseqüentemente isoladas e impotentes.

Ferreira Filho (2003) sustenta que, apesar de as ações afirmativas terem ganhado maior expressão, no contexto brasileiro, através da implementação das cotas no processo seletivo das universidades públicas, notadamente a partir do ano de 2001, o Estado já havia demonstrado, em décadas anteriores, sua preocupação com a criação de textos legais voltados à concretização da igualdade de oportunidades

entre os seus cidadãos.

Segundo Santos *et al.* (1999), no contexto nacional, as ações afirmativas tiveram seu primeiro registro no ano de 1968, quando houve uma tentativa por parte do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que fosse reservado um percentual mínimo nas empresas a empregados de cor (20%, 15% ou 10%, conforme o ramo de atividade e a demanda), a qual restou infrutífera. Posteriormente, houve novas tentativas de implantação de medidas afirmativas, mas que também acabaram sendo inviabilizadas.

As políticas públicas afirmativas só vieram a ser efetivamente promovidas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, de caráter eminentemente democrático e social, trazendo novidades quanto à proteção ao mercado de trabalho da mulher, como parte dos direitos sociais, e a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para deficientes. A partir daí é que vários juristas passaram a considerar legítimas as ações afirmativas (MOEHLECKE, 2002). Esta questão referente à legitimidade e à constitucionalidade das políticas de discriminação positiva será objeto de análise no capítulo seguinte.

A década de 1990 seria o início das mudanças no que toca ao combate da discriminação racial, de gênero, etnia, dentre outras. Como exemplo, cita-se a Lei 8.112/90, que em art. 5º, § 2º, reserva cotas de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da União e a Lei 8.213/91, que fixa, no art. 93, cotas para os portadores de deficiência no setor privado (MOEHLECKE, 2002).

No ano de 1995, o movimento negro brasileiro, conjuntamente com centrais sindicais, realizou a Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo, em Brasília, reunindo por volta de 30.000 pessoas, através do qual se reivindicaram a formulação e a implantação de políticas públicas em favor dos negros, como forma de superação da discriminação racial. Esse foi o movimento de maior aproximação e pressão da população em relação ao Poder Público (SANTOS, 1999). Nesse sentido:

A Marcha de Zumbi foi, em primeiro lugar, uma estratégia do movimento negro para deslocar o foco das atenções da data da Abolição da Escravatura, 13 de maio, para o dia 20 de novembro, em razão do Dia Nacional da Consciência Negra. Em segundo, esse evento contou com uma forte mobilização popular, sendo estimada a participação de 30 mil pessoas na Marcha, o que propiciou um destaque incomum à temática racial no cenário público brasileiro. Por fim, este evento teve a formalização de uma proposta

com a entrega do 'Programa de Superação do Racismo e da Desigualdade Racial' ao então presidente Fernando Henrique Cardoso. O documento apresentava um diagnóstico da desigualdade racial e da prática do racismo, com ênfase nos temas de educação, saúde e trabalho (LIMA, 2010, texto digital).

Conforme se verifica, o movimento negro apresentou algumas propostas ao governo federal, dentre as quais estavam a incorporação do quesito cor em diversos sistemas de informação e o estabelecimento de incentivos fiscais às empresas que adotassem programas e projetos relativos à busca pela igualdade racial (MOEHLECKE, 2002). Assim, em 20 de novembro de 1995 é instituído, por meio de decreto, o chamado Grupo de Trabalho Interministerial GTI, com o escopo de desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra.

Em maio de maio de 1996, é criado o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH), determinando o desenvolvimento de ações afirmativas que fomentassem o acesso dos negros a cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia, promovendo a comunidade negra nos âmbitos social e econômico (BRASIL, 1996).

Posteriormente, em 1997, é promulgada a Lei 9.504/97, que em seu art. 10, § 3º, estabelecia uma cota mínima de 30% de mulheres para as candidaturas de todos os partidos políticos, representando a primeira política de cotas adotada em nível nacional (SANTOS, 1999).

Porém, é a partir de 2001 que começam a ser aprovadas as políticas de ação afirmativa de maior repercussão na história de nosso país, voltadas às diversas camadas da população pertencentes aos setores desfavorecidos. Conforme Lima (2010, texto digital), "[...] esse cenário de mudanças é fruto de um longo processo político que antecede o governo Lula; não é, portanto, agenda de um governo e sim uma agenda construída e demandada ao Estado brasileiro ao longo de pelo menos duas décadas".

Quanto à discriminação racial, segundo os ensinamentos de Lima (2010), a "Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial e a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância", sediada na África do Sul em 2001, é considerada o ponto de partida para a inclusão efetiva da temática racial na agenda do governo:

O Brasil teve uma participação de grande destaque tanto nas reuniões

preparatórias como na própria Conferência. Embora muitos projetos já estivessem delineados e alguns deles sendo implantados, a posição oficial do Brasil na Conferência, principalmente em relação às ações afirmativas, trouxe mudanças significativas. As áreas de saúde, educação e trabalho foram os temas prioritários nas recomendações do governo brasileiro (LIMA, texto digital).

Além disso, as ações afirmativas passam a ganhar ainda mais expressão no âmbito do governo Lula, inicialmente mediante a instituição do Programa Nacional de Ações Afirmativas (Decreto nº 4.228/2002), especificamente criado em prol dos afrodescendentes, das mulheres e dos portadores de deficiência. Nesse mesmo ano, é lançado o Programa Diversidade na Universidade, através da Lei nº 10.558/02, com a finalidade de fomentar o acesso de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecido, especialmente dos afrodescendentes, o acesso ao ensino superior. Após, em 2003, é instituída a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Decreto nº 4.886/2003), voltada unicamente aos negros (MOEHLECKE, 2002).

No âmbito da educação, o ProUni (Programa Universidade para Todos), criado em 2004 pela Lei nº 11.096/2005, é uma das políticas afirmativas de maior expressão a nível nacional. Segundo as lições de Lima (2010, texto digital), esse programa objetiva conceder “[...] bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes de baixa renda em cursos de graduação e seqüenciais de formação específica de instituições privadas de educação superior”.

Ainda segundo Lima (2010, texto digital), o ProUni se trata de uma política de cotas voltada àqueles estudantes que se autodeclararam “[...] pretos, pardos ou índios e optam por ser beneficiários deste sistema no ato de inscrição”. Os candidatos a essas vagas, conforme destaca a autora, devem preencher determinados requisitos, como renda familiar *per capita* de três salários mínimos, e, também, ter estudado, durante o ensino médio, em rede de escola pública, além de ter realizado o ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio).

Lima (2010) entende que todos esses programas e projetos são extremamente importantes para o desenvolvimento do nosso país, em razão da manutenção de privilégios de classe, do pouco e atrasado investimento tardio na educação e do desigual acesso à estrutura de oportunidades, realidade que, por décadas, assola nossa sociedade. Por essa razão, de acordo com o autor, o governo brasileiro vem, cada vez mais, se preocupando com as questões sociais atreladas à desigualdade,

incluindo em sua agenda a promoção das ações afirmativas.

No entanto, a legitimidade dessas ações positivas é recorrentemente questionada por parcela da população e demais setores de nosso país, especialmente nas esferas dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Assim, é imprescindível, para a plena análise do tema, que seja feita uma abordagem acerca da consonância dessas ações perante a Carta da República, em vigor desde 1988, a fim de se verificar a sua validade e, mais do que isso, sua efetividade como instrumento garantidor da igualdade.



## **4 A POSSIBILIDADE DA IMPLANTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1988, ao definir em seu preâmbulo que o Brasil se constitui de “Estado Democrático de Direito”, demonstrou a preocupação de nossos constituintes com a busca pela justiça social e igualitária. Dentre seus princípios fundamentais, a Constituição vigente insere a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e, da mesma forma, eleva o princípio da igualdade a objetivo a ser alcançado, além de alocá-lo no rol dos direitos fundamentais.

Assim, o presente capítulo pretende verificar a consonância das medidas ações afirmativas com a Constituição Federal brasileira, notadamente na condição de instrumento propulsor e garantidor da igualdade material. Para esse fim, serão analisados, primeiramente, os fundamentos e objetivos da nossa Lei Maior; após, far-se-á uma abordagem acerca dos direitos fundamentais constitucionais, especificamente os direitos individuais e sociais, bem como a sua (íntima) relação com o princípio constitucional da igualdade. Em seguida, será verificado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, perante a temática das ações afirmativas, para, finalmente, abordar-se a possibilidade da implantação dessas medidas diante do que dispõe o texto constitucional.

#### 4.1 Os fundamentos e objetivos da Carta da República de 1988

O preâmbulo<sup>5</sup> da Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Zimmermann (2002) defende que o preâmbulo constitucional exprime o sentido ideológico da Constituição, trazendo consigo os anseios e aspirações do poder constituinte. Especificamente em relação ao preâmbulo da Constituição Federal de 1988, pode-se perceber a intenção do legislador brasileiro na construção de valores sociais e democráticos, voltados à promoção do bem-estar geral, numa perspectiva intervencionista estatal.

A seu turno, Rocha (1996) entende que o preâmbulo da Constituição anuncia um momento novo no Brasil, reconhecendo os graves problemas sociais, econômicos e políticos aqui existentes, exigindo uma solução. Para a autora, o preâmbulo constitucional representa o caminho a ser seguido pelo Estado em conjunto com a sociedade, na busca pela erradicação ou, ao menos, pela minoração dos problemas, dentre os quais se encontravam, acentuadamente, a discriminação e a desigualdade.

A autora entende, ainda, que o Estado Democrático de Direito, instituído no preâmbulo e no artigo 1º da CF, destina-se à garantia dos direitos sociais e individuais, além da liberdade, segurança, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de nossa sociedade.

Calaça (2015) complementa, destacando que O Estado Democrático brasileiro visa realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana, mediante uma atuação estatal voltada à sua proteção.

Após o preâmbulo constitucional, estão inseridos os princípios fundamentais da nossa República, consagrados no Título I da Lei Maior. Nesse aspecto, Sarlet

---

<sup>5</sup> Conforme restou definido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2076, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, o preâmbulo constitucional não possui força normativa, mas apenas reflete o posicionamento ideológico do constituinte.

(2015) esclarece que é a primeira vez na história brasileira que uma Constituição concentra, logo em sua abertura, um conjunto de princípios fundamentais, os quais se subdividem em (i) fundamentos, (ii) objetivos e (iii) princípios nas relações internacionais, sendo que, para o adequado desenvolvimento do presente trabalho, se dará uma atenção especial aos dois primeiros (fundamentos e objetivos).

Com efeito, o art. 1º da CF trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim dispondo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Quanto à soberania, pautada em um poder político supremo e independente, Silva (2013) entende que era desnecessária a sua inclusão no texto constitucional, tendo em vista que ela é um elemento próprio da ideia de Estado.

A cidadania, por sua vez, conforme Silva (2013), aparece na Constituição em seu sentido amplo, qualificando os cidadãos como efetivos participantes na vida do Estado, e não apenas como titulares de direitos políticos (sentido estrito). Dessa forma, todo o funcionamento estatal será submetido à vontade popular.

Como terceiro fundamento está inserida a dignidade da pessoa humana (abordada anteriormente em capítulo próprio), exigindo-se que seja assegurado a todos os cidadãos um mínimo de direitos, com a preservação e valorização do ser humano. Piovesan (2000, p. 54) assevera que a dignidade da pessoa humana:

[...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora 'as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro'.

Para a autora, toda ordem jurídica tem como ponto de partida e ponto de chegada o valor supremo da dignidade da pessoa humana, o qual pode ser denominado de "super-princípio", pois é dele que decorrem todos os demais.

Nessa perspectiva, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito, a Carta da República de 1988 reconheceu que “[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2015, p. 257). Segundo o autor, é a partir daí que o Estado passa a ocupar o papel de agente promotor e garantidor da dignidade da pessoa humana, a qual assume, sob o viés constitucional, o *status*-jurídico de valor, princípio, regra e, ainda, de direito fundamental, simultaneamente.

De outro norte, o inciso IV do art. 1º elenca como fundamento da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais “[...] constituem a base para o desenvolvimento do nosso povo e o respeito à dignidade, o que significa a garantia do exercício de todas as formas lícitas de trabalho e de atividade empresarial” (MANUS, 2014, texto digital).

Por fim, em seu inciso V, o texto constitucional aloca o pluralismo político também na condição de fundamento da República, o que exige que sejam assegurados “instrumentos que possibilitem a convivência harmônica das diversas concepções sociais, em todos os âmbitos, como, por exemplo, o religioso, filosófico ou político” (MORELLI, 2007, texto digital).

Por sua vez, o art. 3º da Constituição preocupou-se em elencar os objetivos fundamentais de nosso país:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Rocha (1996) assevera que todos os verbos utilizados nos incisos citados acima (“construir”, “garantir”, “erradicar”, “reduzir” e “promover”) designam um comportamento ativo, positivo, podendo-se concluir, a partir daí, que os objetivos trazidos pela CF representam obrigações transformadoras da realidade política, social e econômica do país. Esses objetivos têm como fim a aplicação e efetivação do princípio da igualdade, que é um valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito (ROCHA, 1996).

Nesse sentido, França (2011, texto digital) entende que:

Os objetivos fundamentais da República brasileira são metas a serem promovidas por todo o sistema estatal com força coativa imediata, possuindo eficácia vinculante de seu conteúdo, como norte a ser concretizado em toda e qualquer ação dos integrantes do Estado brasileiro. É missão estatal proporcionar o máximo de efetivação dos objetivos da República no menor tempo possível, como farol guia daqueles que necessitam, ou são interdependentes desta iluminação pública, por meio de escolhas públicas concretizadas em políticas públicas voltadas ao desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do sistema constitucional.

Novelino (2009) aponta que, por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos, a Constituição Federal de 88 assumiu um caráter dirigente, tratando-se de um documento eminentemente compromissário, pluralista e comprometido com a transformação da realidade social, mediante a consagração dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade material.

Assim, pelo que se pode verificar, os fundamentos e objetivos da CF exprimem uma ordem constitucional voltada para o ser humano e seu pleno desenvolvimento, não se podendo conceber um Estado Democrático de Direito sem a consagração dos direitos fundamentais, inerentes a todos os homens.

Por essa razão, o subcapítulo que segue tem a pretensão de abordar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, bem como a sua relevância no que toca ao princípio da igualdade e à consagração dos objetivos da República Brasileira.

## **4.2 Dos direitos fundamentais constitucionais**

De acordo com o que foi visto no primeiro capítulo de desenvolvimento do presente trabalho, é inviável a existência de um Estado Democrático de Direito sem a existência de direitos fundamentais individuais e sociais constitucionalmente garantidos, corolários do princípio da igualdade, e, portanto, imprescindíveis para a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, foram elencados, a partir do Título II da CF, inúmeros direitos e garantias individuais, aos quais foi outorgado o patamar de cláusulas pétreas, conforme previsão do art. 60, § 4º, da Lei Maior. Esses direitos estão assim divididos:

a) direitos individuais e coletivos (previstos no capítulo I da CF); b) direitos sociais (previstos no capítulo II da CF); c) direitos de nacionalidade (previstos no capítulo III da CF); d) direitos políticos (previstos no capítulo IV da CF); e) direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos (previstos no capítulo I da CF). No presente trabalho, a abordagem limitar-se-á aos dois primeiros direitos fundamentais citados (direitos individuais e direitos sociais), já que intimamente relacionados ao tema das ações afirmativas.

#### **4.2.1 Dos direitos fundamentais individuais e o princípio da igualdade**

Conforme os ensinamentos de Sarlet (2009), os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988 estão fortemente ligados ao fato de ela ter sido antecedida por um período fortemente marcado pela autoridade, no período ditatorial que perdurou por 21 anos no Brasil. Assim, na Constituição Federal de 1988, a importância atribuída aos direitos fundamentais, a força de seu regime jurídico e a configuração de seu conteúdo são resultado da reação do poder Constituinte, bem como das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e aniquilação das liberdades fundamentais anteriormente existente.

No Capítulo I da CF, composto exclusivamente pelo art. 5º, estão arrolados os direitos fundamentais individuais, atrelados à primeira dimensão dos direitos fundamentais (conforme visto no primeiro capítulo de desenvolvimento deste trabalho), além de elencar, em alguns de seus incisos, algumas garantias criadas com o escopo de proteger esses direitos. Nesse sentido, vejamos o *caput* do dispositivo referido alhures:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Reforçando a importância dos direitos fundamentais individuais arrolados no dispositivo transcrito alhures (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade), o parágrafo 1º, art. 5º, da CF, dispôs acerca da aplicabilidade imediata das regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Isso significa uma exequibilidade instantânea derivada da própria constituição, com a presunção de

norma pronta, acabada, perfeita e autossuficiente (MARTA, 2010).

De outro norte, Silva (2013) distingue os direitos individuais em três grupos: (a) direitos individuais expressos, que são aqueles explicitamente enunciados na Constituição brasileira; (b) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação); e (c) direitos individuais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Estes últimos (direitos individuais decorrentes) não estão nem explícita nem implicitamente arrolados no texto constitucional, mas possuem a mesma importância jurídica que os dois primeiros.

Dentre os direitos fundamentais arrolados no caput do art. 5º, o direito à igualdade é, sem dúvidas, o de maior expressão. Isso porque, além de aparecer ali como direito, a igualdade aparece também como princípio; é o que se infere da leitura da parte inicial do dispositivo: “todos são iguais perante a lei [...]”. Nessa linha, Araldi Júnior refere que o princípio da igualdade é o princípio de maior expressão no que se refere aos regime de direitos fundamentais. Para o autor, “[...] hodiernamente, a igualdade não pode ficar restrita apenas à aplicação igualitária da lei; o princípio de igualdade deve almejar outras nuances, novas visões” (texto digital).

Contudo, não é apenas no art. 5º que se verifica a preocupação do poder constituinte com a concretização do princípio da igualdade. De acordo com o que foi analisado no início do presente capítulo, a importância da igualdade no texto constitucional de 1988 já aparece em seu preâmbulo e também no art. 3º. Com efeito, “[...] o princípio da igualdade é considerado um dos pilares da manifestação do poder constituinte originário, pois em todo texto da Carta Constitucional tem-se referência (mesmo que indiretamente) a ele, não se limitando única e exclusivamente ao artigo 5º” (ARALDI JÚNIOR, 2010, texto digital).

De acordo com Moraes (2005), o princípio da igualdade, tal como previsto na CF, apresenta dois sentidos distintos:

**De uma parte**, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que

encontram-se em situações idênticas. **Em outro plano**, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações sem razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social (MORAES, 2005, p. 65) [grifou-se].

Ainda, a Constituição da República Federativa do Brasil recepciona a igualdade em suas duas concepções, a igualdade formal (jurídica) e a igualdade material (fática). Ao falar que "todos são iguais perante a lei", no caput do seu artigo 5º, tem-se aí vista a sua igualdade formal na qual a lei deve ser aplicada a todos indiscriminadamente. Já a igualdade material encontra-se, muito especialmente, no art. 3º da Lei Maior, ao preconizar a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais, e também no inciso IV do mesmo artigo que tem como objetivo "promover o bem de todos sem preconceitos, de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Conforme leciona Rocha (2009), a Constituição Federal inovou ao consagrar a passagem do conteúdo inerte do princípio da igualdade a uma concepção dinâmica, o que fica evidente em toda estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. Para a autora, "o princípio constitucional da igualdade serve de guia não apenas a regras, mas a quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana" (ROCHA, 1996, texto digital).

Complementando esse pensamento, Oliveira (2012, texto digital) defende que "a efetivação do princípio da igualdade é de fundamental importância para a garantia da existência do Estado Democrático de Direito. Não se concebe uma sociedade democrática sem a aplicação desse princípio, que é um dos seus fundamentos".

Assim, o princípio da igualdade enquanto valor e objetivo fundamental, reclama a redução das desigualdades, razão pela qual não basta que o Estado proíba a discriminação ou se abstenha de discriminar. Importa, também, atuar positivamente no sentido da redução das desigualdades, até porque a mera vedação de tratamentos discriminatórios, conforme já acentuado, não tem o condão de realizar os objetivos fundamentais da República (CLÈVE, 2016, p. 554). É, assim:

[...] como valor supremo e como objetivo fundamental, que a igualdade faz sua entrada no texto constitucional. Ao longo de todo o texto da constituição, a igualdade reaparece como direito protegido contra seu arquiopositor, a



discriminação, e como princípio regulador das relações de trabalho, das licitações públicas, das relações entre estados no cenário internacional, das diferenças entre regiões e entes federativos no cenário nacional, das relações maritais no âmbito doméstico, no acesso e permanência no ensino público, no tratamento a deficientes, no tratamento a empresas nacionais, nos processos e procedimentos penais etc. (BARROZO, 2004, texto digital).

Dessa forma, a igualdade de todos prevista neste artigo deve se compatibilizar com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os objetivos definidos no art. 3º. Portanto, não basta ao Estado se abster de discriminar, mas deve também atuar positivamente no sentido da redução das desigualdades e da promoção da inclusão social.

#### **4.2.2 Dos direitos fundamentais sociais**

A Constituição de 1988, conforme os ensinamentos de Sarlet (2015), foi a primeira na história constitucional brasileira a criar um título específico para os direitos e garantias fundamentais (Título II), onde, além de constarem os direitos fundamentais individuais, analisados alhures (art. 5º), estão também inseridos os direitos sociais básicos e de caráter geral (art. 6º) e os direitos sociais dos trabalhadores (arts. 7º e seguintes).

O autor assevera que, muito embora os direitos sociais tenham sido arrolados em Constituições anteriores, de forma esparsa no seu texto, foi apenas na Constituição de 1988 que eles foram elevados ao patamar de direitos fundamentais, de acordo com expressa previsão constitucional, que inseriu os capítulos referentes aos direitos sociais no título específico dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda, o autor destaca que a Constituição de 1824 (Carta Imperial de 1824), assegurava a garantia dos socorros públicos e da instrução primária, alicerçada no constitucionalismo revolucionário francês. A Constituição de 1891, a seu turno, simplesmente não contemplava quaisquer direitos sociais, tendo em vista seu caráter liberal, garantindo-se assim, tão somente a proteção dos direitos individuais (direitos de liberdade). Finalmente, influenciada pelos valores do Estado Social, a Constituição Federal de 1934, inseriu em seu texto os direitos sociais em geral e normas definidoras de tarefas e propósitos do Estado. A Constituição do Estado Novo (1937) elencou o direito à educação, a proteção à infância e à juventude e o dever social do trabalho.

Por fim, a última Constituição que antecedeu a promulgação da CF/88, criada no regime militar em 1967, manteve os direitos sociais existentes nos textos anteriores, com algumas variações (SARLET, 2015).

Entretanto, a temática envolvendo o reconhecimento dos direitos sociais como categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana ainda levanta algumas controvérsias. Porém, a maior parte da doutrina entende que, por estarem inseridos no Título II (título dos direitos e garantias fundamentais) da CF e por estarem relacionados com a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais são, a toda evidência, direitos fundamentais (SARLET, 2015).

Quanto à sua conceituação, os direitos sociais são prestações positivas executadas pelo Estado direta ou indiretamente, elencados em normas constitucionais e que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. São os direitos que tendem a realizar a igualização daqueles que se encontram em situações desiguais (SILVA, 2013).

Lenza (2011), no mesmo sentido, entende que os direitos sociais (direitos de segunda dimensão), correspondem a prestações positivas a serem implantadas pelos entes estatais, que “[...] tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil” (p. 974).

É nesse aspecto relativo à exigência de prestações positivas que se verifica a diferença entre os direitos individuais (os direitos de defesa, previstos no art. 5º, CF) e os direitos sociais:

[...] enquanto os **direitos de defesa** se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto **abstenções do Estado**, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de **limitar** o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os **direitos sociais de natureza positiva (prestacional)** pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que **objetivam a realização da igualdade** (SARLET, 2001, p. 261), [sem grifos no original].

Dessa forma, se de um lado os direitos individuais destinam-se a garantir liberdade ao indivíduo, os direitos sociais, de outro, pretendem realizar uma compensação das desigualdades sociais existentes.

Com efeito, os direitos sociais são essenciais ao Estado Democrático de Direito, por se tratarem de direitos fundamentais de caráter eminentemente prestacional, atrelados aos direitos de segunda dimensão, impondo-se, por parte dos poderes públicos, uma atuação positiva. São, a toda evidência, pressupostos para a fruição dos direitos individuais, pois criam condições mais propícias para o alcance da igualdade real e do exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2013).

Os direitos sociais, como referido, estão elencados na Constituição Federal no Capítulo II, do Título II, podendo ser divididos em três partes: na primeira, indicação genérica dos direitos sociais; na segunda, estão enumerados os direitos individuais dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos; e, por fim, na terceira podemos encontrar os direitos coletivos dos trabalhadores, além de outros espalhados pela Constituição, como o Título VIII (Da Ordem social).

Estabelece a Constituição, em seu art. 6º, que os direitos sociais são “[...] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” [...]. Do artigo 7º ao 11 da CF estão arrolados os direitos sociais mais específicos, voltados ao trabalhador em suas relações individuais e coletivas.

Seguindo a lição de Lenza (2011), os direitos sociais possuem aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF<sup>6</sup>. Entretanto, a questão envolvendo a eficácia imediata dos direitos sociais é polêmica entre doutrinadores e juristas, conforme assevera Sarlet (2015, p. 602):

O fato de que, em princípio, é possível partir do pressuposto de que os direitos sociais, na condição de direitos fundamentais, estão sujeitos ao regime do art. 5º, §1º, da CF, ou seja, de que também as normas constitucionais que enunciam direitos sociais são normas diretamente (imediatamente) aplicáveis, não afasta, por si só e de plano, uma série de questões controversas.

Bonavides (2010) destaca que os direitos sociais têm sua eficácia questionada

---

<sup>6</sup> Art. 5º, § 1º (CF) As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

em razão de exigirem prestações positivas por parte do ente estatal, o que nem sempre se mostra viável, ante a ausência ou carência de meios e recursos para tanto.

Nessa linha, Sarlet (2015) assevera que o tópico mais polêmico em relação à exigência e à eficácia dos direitos sociais, na condição de direitos subjetivos ensejadores de políticas públicas, diz respeito à “reserva do possível”, isto é:

[...] a dimensão mais economicamente relevante dos direitos sociais [...] na condição de direitos a prestações estatais, de modo especial, naquilo que guardam relação com a destinação, criação e (re)distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais (SARLET, 2015, p. 605).

A reserva do possível, conforme ensina Bertramello (2010), está ligada diretamente às limitações orçamentárias que o Estado possui, de modo que esse princípio se apresenta na condição de limitador de certas políticas públicas. Contudo, o autor ressalva que essa cláusula da reserva do possível não pode, de forma alguma, servir de justificativa para o Poder Público inviabilizar ou dificultar a adoção de políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, sob pena de ofensa a seus princípios fundamentais.

Nesse contexto é que surge a ideia do “mínimo existencial”, extraído, implicitamente, dos dispositivos da própria Constituição, tais como o art. 1º, III (dignidade da pessoa humana como fundamento da República) e o art. 3º, III (erradicação da pobreza e redução das desigualdades na condição de objetivos do Estado), exprimindo a necessidade de se garantir, minimamente, condições adequadas à existência digna do ser humano (BERTRAMELLO, 2010).

Nas lições de Barroso (2010, p. 202), o “mínimo existencial” pode ser definido como sendo um “[...] conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”. Assim, inobstante a escassez dos recursos públicos, é imprescindível que os entes federados articulem maneiras de utilizá-los em prol da execução de políticas públicas que garantam, ao menos, o mínimo constitucionalmente exigido, de forma a assegurar condições dignas de vida a seus cidadãos, sob pena de ofensa aos preceitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Desta forma, toda a destinação dos recursos públicos deverá levar em consideração a intangibilidade desse mínimo social, de forma a conferir efetividade às regras e normas consagradas na Constituição. E, nessa perspectiva, se os poderes públicos, nos limites da sua competência, se omitirem no cumprimento, ainda que parcial, de políticas públicas definidas na CF, estarão transgredindo-a, o que se mostra absolutamente reprovável.

#### **4.3 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante das ações afirmativas**

Consoante leciona o art. 102, *caput*, da CF, é competência do Supremo Tribunal Federal, essencialmente, a guarda da Constituição, sendo ele o responsável pela averiguação do cumprimento e descumprimento das normas inseridas no texto constitucional. Assim, para uma melhor análise acerca das ações afirmativas perante a Lei Maior, é indispensável que se verifique, inicialmente, de que maneira a Suprema Corte brasileira se posiciona diante do tema.

Com efeito, o tema das ações afirmativas no Brasil concentrou-se, na primeira década do século XXI, no debate acerca das cotas em universidades públicas, tanto em favor de negros quanto em favor de estudantes de escolas públicas, minorias historicamente prejudicadas.

Nesse contexto, a questão acerca da constitucionalidade das políticas públicas afirmativas foi suscitada pela primeira vez e teve grande repercussão quando o Partido Democratas (DEM) ajuizou, em 2009, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante ADPF) nº 186 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), sustentando que as políticas de cotas implantadas pela Universidade de Brasília (UnB) contrariava determinados preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal 1988 (tais como os art. 1º, *caput* e inciso III e o art. 3º, IV) questionando-se, no mérito, o critério racial adotado.

A Suprema Corte brasileira, por unanimidade, julgou improcedente a ADPF proposta, entendendo ser constitucional o sistema de cotas adotado pela UnB, num acórdão que conta com mais de 250 (duzentos e cinquenta) laudas, entendendo,

sinteticamente, que:

**Ementa (ADPF 186)** ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – **Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República**, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – **Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.** [...] VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

O relator do processo, Ministro Ricardo Lewandowski, por ocasião de seu voto, destacou que as medidas de ações afirmativas viabilizam um ambiente acadêmico mais plural e diversificado, e, mais do que isso, corrigem distorções sociais perpetuadas historicamente. Ainda, o Ministro asseverou que essas políticas possuem um caráter transitório e respeitam os limites impostos pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por essas razões, ele entendeu que a política de ação afirmativa implantada pela UnB se apresenta em absoluta consonância com os valores e princípios encartados na Constituição (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, p. 46-47 do voto). Ainda, de acordo com a análise do acórdão realizada por Lins (2012), constata-se que:

No entendimento do ministro Lewandowski, portanto, podemos constatar que as ações afirmativas são a própria expressão do princípio da igualdade material e não uma exceção a sua aplicação. Dessa forma, é intrínseco ao próprio princípio Constitucional da isonomia a adoção de políticas de ações afirmativas (LINS, 2012, p. 20).

Acompanhando o voto do relator, o ministro Luiz Fux destacou que a Constituição Federal impõe uma reparação de danos pretéritos do país em relação aos negros, com fundamento no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, que determina como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção

de uma sociedade livre, justa e solidária (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, p. 9 do voto).

A ministra Carmém Lúcia, a seu turno, asseverou que as políticas de ação afirmativa não são a melhor solução para a problemática da desigualdade sociais, já que, para a ministra, “[...] a melhor opção é ter uma sociedade na qual todo mundo seja igualmente livre para ser o que quiser. Mas isto é um processo, uma etapa, uma necessidade diante de um quadro onde isso não aconteceu naturalmente” (ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, p. 4 do voto).

Os demais ministros (Rosa Werber, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto e Marco Aurélio) entenderam da mesma forma, proferindo voto pela improcedência da arguição suscitada.

Noutro giro, a questão envolvendo a temática das ações afirmativas repercutiu também em outras situações fáticas, como é caso da reserva de percentual de cargos e empregos públicos a portadores de deficiência:

**EMENTA:** CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) [...] LEGITIMIDADE DOS MECANISMOS COMPENSATÓRIOS QUE, INSPIRADOS PELO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE PESSOAL (CF, ART. 1º, III), RECOMPÕEM, PELO RESPEITO À ALTERIDADE, À DIVERSIDADE HUMANA E À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, O PRÓPRIO SENTIDO DE ISONOMIA INERENTE ÀS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS. - **O tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (CF, art. 37, VIII), cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável.** Doutrina. - A vigente Constituição da República, ao proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para os portadores de deficiência, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas em favor de tais pessoas [...] (RMS 32732 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014). (Grifou-se)

Como se pode verificar da ementa acima transcrita, o respaldo jurídico utilizado para se julgar legítima a reserva de percentual de cargo público a portador de deficiência, foram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, conferindo à diversidade humana o respeito que ela merece.

Ademais, verifica-se nessa mesma decisão que juntamente aos preceitos

constitucionais, outro fundamento utilizado para legitimar a ação afirmativa referente aos deficientes físicos e sua inserção em cargo público, é o próprio art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que expressamente prevê que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”, clara hipótese de medida de ação afirmativa.

Dessa forma, verifica-se que, para o STF, de forma unânime, as políticas de ação afirmativa encontram guarida diante do texto constitucional e de seus preceitos fundamentais.

#### **4.4 Da possibilidade das ações afirmativas sob o viés constitucional**

Cruz (2005) defende que o artigo 3º da Constituição implicitamente previu as ações afirmativas, a partir do momento que elenca como objetivo fundamental da República a promoção do bem geral, mediante a superação de preconceitos discriminatórios. Nesse sentido, Mello (2001, texto digital) afirma que o art. 3º da CF legitima a implantação de ação afirmativa:

[...] a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do art. 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.

Conforme se extrai dos ensinamentos do autor, a lei se apresenta como importante mecanismo de transformação social, devendo o Estado ocupar-se de articular o ordenamento jurídico de forma a efetivar a correção das desigualdades existentes na sociedade, porque assim o determina a Constituição, não havendo a possibilidade de qualquer omissão estatal quanto ao ponto.

Sarlet (2015) afirma que, em várias oportunidades, a CF impõe aos entes federados a criação e implantação de medidas afirmativas voltadas à efetiva redução das desigualdades sociais, o que acarreta o dever de o Poder Público adotar políticas de cunho positivamente discriminatório, “[...] cujo descumprimento poderá levar a um estado de omissão inconstitucional” (SARLET, 2015, p. 584).



Nas lições de Vilas-Bôas (2003), além de autorizar a criação de ações afirmativas, voltadas à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem todos, a Constituição Federal também prevê, em dispositivos esparsos do seu texto, situação específicas de discriminações positivas.

A título exemplificativo de dispositivos constitucionais que possibilitam a aplicação das discriminações positivas, tem-se: a) o art. 5º, XLII, da CF, que prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão; b) o art. 5º, VI, CF/88, segundo o qual “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; c) homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, I, CF/88; d) art. 23, II, CF/88, o qual determina que os entes federativos devem “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Ainda:

[...] o art. 37, inc. VIII, garantiu às pessoas portadoras de deficiência física uma reserva percentual de cargos e empregos públicos, bem como foram protegidas, por intermédio do art. 215, §1º, as manifestações culturais indígenas e afro brasileiras. Foi garantida, inclusive, uma proteção especial ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, consoante redação do art. 7º, inc. XX, da CF (TRINDADE, 2011, p. 153).

É, assim, por meio de instrumentos legítimos, como as ações afirmativas, que “[...] a igualdade deixa de ser apenas um princípio jurídico formalmente estabelecido na lei e passa a ser um objetivo constitucional a ser buscado pelo Estado e por toda a sociedade brasileira” (ROESLER, 2010, texto digital):

Nesse intento de concretização da igualdade substancial, as ações afirmativas, também denominadas de discriminação positiva, apresentam-se como ousado e inovador experimento constitucional, concebido pelo Direito, no século XX, como instrumento de promoção da igualdade e de combate aos mais diversos meios discriminação (CLÉVE; RECK, 2007, texto digital).

Bertoncini e Filho (2012) salientam que o princípio da igualdade é o principal fundamento que legitima a adoção de ações afirmativas, sobretudo porque são utilizadas para corrigir as distorções de toda a natureza que se consolidaram a nível nacional com o passar dos anos, referentes a variados grupos sociais, a exemplo dos negros, índios, mulheres, idosos, pessoas portadoras de deficiência, homossexuais e outros.

Nessa mesma perspectiva é a lição de Rocha (1996, p. 90): “a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica”.

Segundo Rosa (2011), a implantação de ações afirmativas nada mais é do que a consagração dos objetivos e princípios enunciados na Constituição Federal, tendo em vista que, “[...] quando executadas dentro dos critérios legais, legitimam a qualidade democrática e de direitos que intitula o nosso Estado, além contribuírem positivamente para o desenvolvimento do país” (ROSA, 2011, texto digital). Assim:

Constata-se dessas reflexões, que as políticas de ação afirmativa retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, pois os programas dessa natureza dão plena aplicabilidade a princípios constitucionais que, para além de serem fundamentos da República brasileira (igualdade e dignidade da pessoa humana), constituem direitos fundamentais (BERTONCINI; FILHO, 2012, p.412).

A implantação de políticas de ações afirmativas, portanto, sob as perspectivas de um legítimo Estado Democrático de Direito, tal como instituído na Constituição Federal de 1988, não se mostra apenas possível, como, também, necessária à concretização dos anseios constitucionais, de forma a possibilitar a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, com a redução das desigualdades sociais enraizadas nas relações humanas.

## 5 CONCLUSÃO

Ao determinar que a República Federativa do Brasil se constitui de um Estado Democrático de Direito, voltado à consagração do princípio da igualdade e à proteção da dignidade da pessoa humana, o Legislador Constituinte mostrou sua preocupação com as diversas formas de desigualdade social que, naturalmente, decorrem das relações humanas.

Assim, foram inseridas, nos diversos dispositivos da Constituição Federal Brasileira, normas garantidoras da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltadas à erradicação da pobreza e da marginalização, e, ainda, promotora de mecanismos aptos a diminuir as desigualdades sociais.

Com efeito, ao traçar as diretrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, a CF de 1988 não só permite como também exige a implantação de instrumentos eficazes na consagração da igualdade material/fática (através da lei), tendo em vista que a igualdade formal (perante a lei) é comprovadamente insuficiente para se alcançar os anseios constitucionais, impondo-se um tratamento desigual aos desiguais.

Nesse novo cenário, é atribuída ao ente estatal a responsabilidade de atuar ativa e positivamente em prol das camadas vulneráveis, de forma a alterar o *status quo*, o que somente se mostra possível mediante a implantação de ferramentas voltadas especificamente à transformação social, promovendo-se a inclusão social e reprimindo-se a discriminação por razões injustificadas.

A partir daí é que se verifica a possibilidade e a necessidade da promoção,

pelo poder público, de medidas de ações afirmativas, consubstanciadas em políticas públicas orientadas aos grupos marginalizados e colocados em situação de vulnerabilidade pela sociedade no decorrer dos anos.

Por essas razões, digna de análise a legitimidade das ações afirmativas perante a Constituição Federal, especialmente na condição de mecanismo orientado à efetivação da igualdade social, problema proposto para este estudo.

Para tanto, o primeiro capítulo de desenvolvimento do presente trabalho se ocupou de discorrer, mediante um resgate histórico do Estado Moderno, os aspectos e características marcantes do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado adotado pela Constituição Federal, abordando-se, ainda, a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e o princípio da igualdade material, elementos indissociáveis do modelo de estado examinado e que, também, estão diretamente ligados à legitimidade e possibilidade das ações afirmativas.

Em seguida, no segundo capítulo de desenvolvimento, foram analisadas as ações afirmativas, fazendo-se uma abordagem sobre seu conceito, aspectos relevantes, natureza, origem, evolução histórica e, por fim, analisou-se, especificamente, o seu surgimento e evolução no contexto brasileiro, mediante a apresentação de alguns exemplos de leis, projetos e programas implantados no contexto nacional, especialmente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

E, finalmente, no terceiro capítulo de desenvolvimento da presente pesquisa, procedeu-se à análise dos princípios e objetivos fundamentais da Lei Maior Brasileira, bem como os direitos fundamentais individuais e sociais nela inseridos. Após, foi feita uma abordagem sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante da legitimidade das ações afirmativas no Brasil, mediante a análise de decisões proferidas por aquela Suprema Corte. Enfim, abordou-se, especificamente, a possibilidade das ações afirmativas em observância aos preceitos constitucionais vigentes, mormente em relação à sua importância e legitimidade na busca pela concretização da igualdade material.

De acordo com toda a investigação realizada no decorrer do presente estudo, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para o problema é verdadeira, uma

vez que os preceitos constitucionais analisados, somados à relevância dos direitos fundamentais, individuais e sociais, e da dignidade da pessoa humana, permitem e, mais do que isso, requerem a adoção de mecanismos hábeis voltados à concretização da igualdade, enquanto princípio e direito fundamental.

Além disso, levando-se em conta a noção do mínimo existencial, que exige que sejam conferidas a todos, indistintamente, condições mínimas de subsistência para a garantia de uma vida digna, as ações afirmativas se apresentam como ferramentas indispensáveis no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, ao final da presente pesquisa, chega-se à inequívoca conclusão de que essas medidas, consubstanciadas na discriminação positiva ou reversa, encontram amplo respaldo constitucional, diante dos diversos dispositivos constitucionais, que permitem e impõem a adoção de políticas públicas em prol das minorias marginalizadas, realizando a transformação social e reduzindo a igualdade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Sobre políticas de governo e políticas de estado: distinções necessárias. **Instituto Millenium**, Abr. 2016. Disponível em: <<http://www.institutomillenium.org.br/artigos/sobre-politicas-de-governo-e-politicas-de-estado-distincoes-necessarias/>>. Acesso em: mai. 2017.

ANGELO, Vitor Amorim de. Absolutismo: Características e principais teóricos. **Pesquisa Escolar. Uol Educação**, [S.l.], 2009. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/absolutismo-caracteristicas-e-principais-teoricos.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ARALDI JÚNIOR, João Irineu. O princípio da igualdade como expressão dos direitos fundamentais do cidadão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8414)>. Acesso em: mai. 2017.

AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. Igualdade e equidade: qual é a medida da justiça social?, **Revista da Avaliação da Educação Superior**, Sorocaba, v. 18, n. 1, p. 129-150, mar. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-40772013000100008&script=sci\\_abstract&lng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-40772013000100008&script=sci_abstract&lng=es)>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BAPTISTA, T.W.F.; REZENDE, M. A ideia de ciclo na análise de políticas públicas. In: MATTOS, R.A.; BAPTISTA, T.W.F. (Org.). **Caminhos para análise das políticas de saúde**. 1.ed. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2015. p.221-272.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROZO, Paulo Daflon. A idéia de igualdade as ações afirmativas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 63, p. 103-141, 2004. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000300005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; FILHO, Wilson Carlos de Campos.

Políticas de ação afirmativa no contexto do direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 7, n.1, 1º quadr. 2012. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9ª ed. São Paulo: Elsevier: 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S.l.], 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Arguinte: Partido Democratas (DEM). Arguidos: Unb e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2012.

BRITO FILHO, José Carlos Machado de. Ações afirmativas à luz da Constituição. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3915, 21 mar. 2014. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27001>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Saraiva, São Paulo, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 3, n. 3, p. 542-557, ago. 2016. ISSN 2319-0558. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>>. Acesso em: 23 mai. 2017. doi: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p542-557>>.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas**

portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CRUZ, Luis F. F. M. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/.../Dissertacao\\_final\\_Luis\\_Felipe\\_Ferreira\\_Mendonca\\_Cruz.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../Dissertacao_final_Luis_Felipe_Ferreira_Mendonca_Cruz.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 69, n. 2, p. 72-79, jul./dez. 2003.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado, ano 38, n. 151, p.129-152, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. O debate constitucional sobre ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs). **Ação Afirmativa – políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 15-57.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Martin Claret: São Paulo, 2006.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ISRAEL, Jonathan I de. **Iluminismo Radical: A Filosofia e a Construção da Modernidade 1650-1750**. Tradução de Claudio Blanc. São Paulo: Madras, 2009. 878p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? A implementação para negros como mecanismo concretizador de direitos fundamentais. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10070>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

KERN, Gustavo da Silva; VEIGA-NETO, Alfredo. Relações raciais, ações afirmativas e equidade: a centralidade da educação. **Momento - Diálogos em Educação**, [S.l.], v. 22, n. 1, fev. 2014. ISSN 2316-3100. Disponível em: <<https://www.seer.furg.br/momento/article/view/4223>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



LIMA, Márcia. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 87, p. 77-95, jul. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002010000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 30 mai. 2017.

LINS, Rebeca Almeida. **Diferenciar para igualar**: uma análise jurisprudencial do princípio da isonomia nos casos de ações afirmativas e prestações alternativas julgados pelo STF. 2012. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, [S.I.], 2012. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/221\\_Rebeca%20Lins.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/221_Rebeca%20Lins.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Valores do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da terceirização. **Consultor Jurídico**. São Paulo, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/reflexoes-trabalhistas-valores-sociais-trabalho-livre-iniciativa-fundamentos-terceirizacao?imprimir=1>>. Acesso em 01 jun. 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: DPL Editora, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor**: arts. 1 ao 74: aspectos materiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

MARTINEZ, Vinício. Estado de Direito Social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5494>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MELLO, Marco Aurélio. **Ótica constitucional**: a igualdade e as ações afirmativas. In: Tribunal Superior do Trabalho, Discriminação e Sistema Legal Brasileiro – Seminário Nacional. Brasília: TST, 2001.

MENEZES, Paulo Lucena. **A ação Afirmativa (*affirmative action*) no Direito Norteamericano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 173p.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.  
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: História e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**. n. 117, nov. 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&tlng=pt)>. Acesso em: 30 mar. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 129.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, [S.I.], ano 51, n. 204, 2014. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509938/001032358.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2833, 4, abr. 2011. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MORELLI, Daniel Nobre. Notas sobre Pluralismo Político e Estado Democrático de Direito. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 06 de dez. de 2007. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4629/Notas\\_sobre\\_Pluralismo\\_Politico\\_e\\_Estado\\_Democratico\\_de\\_Direito](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4629/Notas_sobre_Pluralismo_Politico_e_Estado_Democratico_de_Direito)>. Acesso em: 06 mai. 2017.

NOCE, Umberto Abreu. Ações afirmativas: amparo constitucional. **Direito Net**, [S.l.], 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5829/Acoes-afirmativas-amparo-constitucional>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Giovanni Campanha de. As ações afirmativas como efetivação do princípio da igualdade. **Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**. [S.l.], 20 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/a%C3%A7%C3%B5es-afirmativas-como-efetiva%C3%A7%C3%A3o-do-princ%C3%ADpio-da-igualdade>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

OLIVEIRA, Mailson Rodrigues. O que é justiça social? **Politize**. 26 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/justica-social-o-que-e/>>. Acesso em 27 jun. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2017.

PACIEVITCH, Thaís. Iluminismo. **Historia News XXI**, [S.l.], mar. 2015. Disponível em: <<http://historianews21.blogspot.com.br/2015/03/iluminismo.html>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

PINHEIRO, Flávia de Campos. **A evolução dos direitos fundamentais e os documentos internacionais para sua proteção**. PUC-SP. São Paulo, 2008.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, abril/2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 04 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 16, n. 3, dez/2008, p. 887-896. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 04 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA. COTAS PARA AFRO-DESCENDENTES NAS UNIVERSIDADES. ADPF 186 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.285/RS. Março 2010, Brasília. **Ata de audiência pública**. Disponível em: <<http://www.jusracial.org.br/destaque.php?id=40>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

PRUDENTE, Eunice A. J. Experiências integradoras que o Brasil já conheceu: uma análise jurídica sobre a exclusão social dos afrodescendentes numa ordem constitucional integradora. In: DURHAM, Eunice R.; BORI, Carolina M. (Org.). **Seminário: O Negro no Ensino Superior**. São Paulo: Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior, 2003.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. A justiça como equidade em John Rawls. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10755](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10755)>. Acesso em jun. 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de informação legislativa**, [S.l.], v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas nos EUA e sua legalidade no Brasil**. Minas Gerais: Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, 2005. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2005/Discentes/PDF/Acoes%20afirmativas%20nos%20eua%20e%20sua%20legitimidade%20no%20brasil.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Discentes/PDF/Acoes%20afirmativas%20nos%20eua%20e%20sua%20legitimidade%20no%20brasil.pdf)>. Acesso em maio de 2016.

ROESLER, Átila da Rold. Princípio constitucional da igualdade e ações afirmativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7882](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7882)>. Acesso em: mai. 2017.

ROSA, Bruna Soares da. Ações Afirmativas como Forma de Efetivação dos Direitos Fundamentais Frente o Legítimo Estado Democrático de Direito. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 19 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.31526&seo=1>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

RUBIO, D.S. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. 154p.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 191.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Hélio. *et al.* **Políticas públicas para a população negra no Brasil**. [S.l.]: ONU, 1999. [Relatório ONU].

SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. Três momentos do Estado de Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2524, 30 mai. 2010. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14935>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988**. [S.l.]: Editora Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídicoconstitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, [S.l.], n. 09, jan./jun. 2007a. Disponível em: <[http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007b.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 192 p.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARTURI, Claudia Adriele. As mudanças dos paradigmas constitucionais modernos: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44121&seo=1>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R.; LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, v. 8. p. 2307-2333.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

SOARES, Igor Alves Noberto. Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 10 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43814&seo=1>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 183 p.

TRINDADE, Nathália Maria Ariston. Ações afirmativas no Brasil: uma análise acerca da discriminação positiva como instrumento de concretização da justiça social. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 2, n. 2, 4. ed. p. 142-161, 2011. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/249>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações Afimativas. **Revista Jurídica Consulex**, [S.l.], n. 163, p. 57-59, 31 out. 2003.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 138.